Apuntes de Bioética
Vol. 4 No. 1 (2021): Apuntes de Bioetica, 166-192
Biolegal, Biopolitics and Human Rights

“Ana Estrada” case: Biolegal reflections on euthanasia and the so-called right to die

Rosa De Jesús Sánchez Barragán — Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú
Kathya Vassallo Cruz — Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú.

El derecho a la vida y todos los demás derechos que le son propios a cada persona están fundamentados en la defensa de la dignidad de la que goza todo ser humano y que corresponde al valor intrínseco y singular que tiene por el hecho de existir. A decir de Hervada, (1995) “la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana” (p. 449). Su expresión máxima no es el desarrollo de una vida individualista, sino que se manifiesta principalmente en su relacionalidad con los demás miembros de la sociedad dentro de la cual cada persona tiene un lugar propio y específico; frente a lo cual el Estado y sus instituciones tienen un deber de cuidado, protección y promoción.

Palabras clave: Eutanasia; Dignidad humana; Derecho a morir; Dignidad de la muerte; Cuidados paliativos

Abstract

Death turns out to be a little-discussed topic because it confronts us with our finitude. On this path, illness and death are signs of our human fragility, therefore, at this stage, dignified treatment of the sick and all vulnerable human beings who are losing faculties day by day is decisive, requiring to be cared for and accompanied in an integral way. Palliative care is the answer to this situation, because it is in line with the right to live with dignity to the end. The judgment in file No 00573-2020-0-1801-JR-DC-11 of February 22, 2021, referring to the Ana Estrada case, serves as a reference for making terminological and conceptual clarifications regarding the current debate on euthanasia and assisted suicide from a bioethical and biolegal approach.

Keywords: Euthanasia, Human dignity; Right to die; Dignity of death; Palliative care

Introducción

El primer derecho que asiste a toda persona humana y que constituye la base de todos los demás derechos es el derecho a la vida. Sin embargo, este derecho se encuentra hoy atacado desde las mismas instituciones que deberían velar por la defensa de los derechos fundamentales de toda persona, acogiendo corrientes de interpretación contrarias a su debida defensa.

El derecho a la vida y todos los demás derechos que le son propios a cada persona están fundamentados en la defensa de la dignidad de la que goza todo ser humano y que corresponde al valor intrínseco y singular que tiene por el hecho de existir. A decir de Hervada, (2008) “la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana” (p. 449). Su expresión máxima no es el desarrollo de una vida individualista, sino que se manifiesta principalmente en su relación con los demás miembros de la sociedad dentro de la cual cada persona tiene un lugar propio y específico; y frente a lo cual el Estado y sus instituciones tienen un

deber de cuidado, protección y promoción.

Nuestro sistema jurídico contiene normas jurídicas, relaciones jurídicas, el establecimiento de poderes, reconocimiento de derechos y deberes correlativos. Todo lo cual forman la estructura jurídica de la sociedad, que se acompaña de un conjunto de medios que garantizan el efectivo orden y respeto de las normas del sistema jurídico, destacando el rol de órganos establecidos en los que legisladores y jueces, entre otros funcionarios, por mencionar algunos de ellos tienen deberes y obligaciones de preservar la unidad y coherencia del sistema, velar por la guarda de una relación lógica de compatibilidad y ausencia de contradicciones, tanto formales como materiales, y donde el contenido no puede ser vaciado y/o alterado arbitrariamente.

Sobre este punto, es importante recurrir a fundamentos expresados por el Tribunal Constitucional peruano en diversas sentencias, donde brindan alcances formales y de contenido de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Política del Perú. Aspectos que han sido vulnerados, con el fallo de la Sentencia del Expediente N° 00573-2020-0-1801-JR-DC-11 del 22 de febrero del 2021 del caso Ana Estrada.

El presente artículo estará dividido en tres apartados: en el primero se dará un breve resumen del Expediente N° 00573-2020-0-1801-JR-DC-11, que giró en torno al caso de la señora Ana Estrada; en un segundo momento, se analizará el caso materia de estudio desde los derechos fundamentales, ingresando a algunos temas procesales; mientras que en la tercer apartado se pretende dar desde el enfoque bioético y biojurídico algunas precisiones conceptuales que se debe tener en cuenta en el manejo de términos empleados, tanto en la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo como en la Sentencia emitida por el Juzgado Constitucional que emitió la referida sentencia.

Es propio iniciar haciendo referencia a Ana Estrada, quien es psicóloga de profesión y actualmente cuenta con 43 años de edad, a los 12 años fue diagnosticada de polimiositis, una enfermedad degenerativa que ataca principalmente a los músculos y genera dolores insufribles en una etapa avanzada. Con 20 años empezó a desplazarse en silla de ruedas. En 2015 fue ingresada por una neumonía durante 6 meses en cuidados intensivos del Hospital Rebagliati. Durante esa etapa los músculos de su garganta fallaron y tuvieron que practicarle una traqueotomía y una gastrostomía.

En enero del 2020, el Defensor del Pueblo presenta demanda de Acción de Amparo a favor de Ana Estrada, solicitando la inaplicación del artículo 112 del Código Penal Peruano y que se brinden las condiciones para el ejercicio del “derecho a la muerte digna”. Sus argumentos se fundamentaban en la libre determinación de la personalidad y la invocación del principio de dignidad humana. La Defensoría del Pueblo (2020) solicitó que se permita a Ana Estrada optar por la aplicación de la eutanasia y poner fin a su vida y sus dolores insufribles cuando ella lo desee y sin que los profesionales médicos sean sancionados por ello.

Las instituciones demandadas y emplazadas fueron el Ministerio de Salud (MINSA), el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y el Ministerio de Justicia (MINJUS) quienes respondieron a la demanda cuestionando la procedencia de la misma, mas no presentaron argumentos sobre el fondo de la controversia.

A inicios de 2021, el Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió el 22 de febrero la Sentencia recaída en al Exp. N° 00573-2020-0-1801-JR-DC-11, declarando fundada en parte la demanda de amparo, solicitando: la inaplicación del artículo 112 del Código Penal, referido al “homicidio culposo”. Además, instó a que MINSA y ESSALUD respeten la decisión y conformen Comisiones Médicas interdisciplinarias para cumplir dicho objetivo. No obstante, la referida sentencia declaró improcedente el extremo en que se solicitaba ordenar al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares (Corte Superior de Justicia de Lima Décimo Primer Juzgado Constitucional, 2021).

El juez fundamentó su fallo estableciendo que la señorita Estrada tiene derecho a decidir cuándo poner fin a su vida mediante el procedimiento de eutanasia, en virtud de su derecho a la dignidad, a la muerte digna y a la libertad, en tanto ella considere que su vida ya no es digna de ser vivida. Emitida la sentencia de primera instancia, ninguna de las partes presentó algún recurso de impugnación, razón por lo que a la fecha sentencia ha quedado firme y Ana Estrada podría exigir su cumplimiento y solicitar la eutanasia cuando lo considere.

La Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 200 inciso 2, señala que el Amparo no procede sobre normas legales ni resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha determinado que sí puede proceder en el caso de normas autoaplicativas, las mismas que no necesitan de un desarrollo normativo adicional para que surtan efectos jurídicos, pues una vez en vigencia, sus efectos resultan inmediatos e incondicionados.

La posición de la Defensoría del Pueblo (2020) sobre el artículo 112 del Código Penal, referido a homicidio piadoso, es que se trataría de una norma autoaplicativa que por su sola existencia estaría afectando derechos fundamentales de la señora Ana Estrada. Por norma autoaplicativa el Tribunal Constitucional del Perú (1997) refiere que se trata de una norma “creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación” (f. j. 2). Sin embargo, su vigencia no configura efecto pernicioso alguno en contra de derechos amparados en la Constitución, como el supuesto derecho a morir que tendría la señora Ana Estrada, ya que sobre éste no existe ninguna referencia en el ordenamiento jurídico peruano, ni explícita ni tácitamente, ni en vía de interpretación del principio de dignidad humana, ni como derecho independiente del derecho a la vida, ni deducido de otros derechos, ni amparado en normas de carácter internacional, ya que ningún instrumento dentro del sistema interamericano o del sistema universal de los derechos humanos consagra el derecho a morir o el derecho a la eutanasia. Por el contrario, estos instrumentos manifiestan en sus articulados y siguiendo una visión integradora, el reconocimiento de la dignidad de toda persona más allá de sus condiciones particulares, así como el derecho legítimo del que goza toda persona sobre protección de la vida y la libertad, en aras del desarrollo de la personalidad.

Sobre la improcedencia de la demanda de amparo a la luz del Código Procesal Constitucional (2004), cabe indicar que de acuerdo al artículo 1 referido a la finalidad de los procesos constitucionales, estos buscan proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional, lo cual resultaría imposible en el presente proceso, ya que el derecho invocado y supuestamente vulnerado, no ha existido como tal en nuestro ordenamiento jurídico antes de la dación del actual Código Penal, el cual desde su promulgación en el año 1991, ha mantenido la figura delictiva del homicidio piadoso (art.112) y la de ayuda al suicidio (art.113), ambos dentro del Título de los delitos especiales; esto en consonancia con la protección integral de la vida humana consagrado en el artículo 2.1 de nuestra Constitución, y con el principio de dignidad humana que le es inherente a cada persona.

Asimismo, la demanda cae dentro de una de las causales de improcedencia recogidas en el Código Procesal Constitucional (2004) “los hechos y petitorio de la demanda que no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado” (art. 5), ya que en este caso, el derecho a morir, o siendo más explícitos, el derecho a que otros inflijan la muerte a una persona aunque fuera por pedido de ésta, no es un derecho reconocido por nuestro ordenamiento, por lo que debería ser improcedente o rechazada liminarmente, de acuerdo al artículo 47 de este código procesal.

También, el artículo 37 del referido Código Procesal establece los derechos protegidos por la acción de amparo, alcanzando a aquellos enumerados en el artículo 2 y todos los demás reconocidos por la Constitución; entre los cuales no se encuentra el derecho a que se practique la eutanasia por un tercero. Más bien, este supuesto entraría en el artículo del Código Procesal Constitucional (2004) que establece que no pueden ser protegidos por el proceso de amparo aquel “(...) derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente

protegidos del mismo" (art. 38), que es justamente el caso del llamado derecho a la muerte, carente de sustento en cuanto que no cuenta con un contenido propio, objetivo y válido, además de presentarse como un acto de liberalidad radical que va en contra de la propia vida, vista como un todo de la persona, como la base real para el goce de todos los demás derechos.

Para la Defensoría del Pueblo, el artículo 112 del Código Penal es inconstitucional, por estar conculcando a su modo de ver un derecho fundamental que no termina de explicarse en contenido, ni en la forma de ser satisfecho por parte del Estado, pero que en su ejercicio conllevaría la eliminación de una persona con su consentimiento. Si, como sostienen, esta situación prevista por el dispositivo penal vulnera a su parecer un derecho constitucional, éste debió ser objeto de una demanda de inconstitucionalidad, incoada en su momento, demanda que conforme al artículo 100 del Código Procesal Constitucional se debió interponer dentro del plazo de 6 años contados a partir de su publicación; lo cual no fue así, habiendo transcurrido casi 30 años desde la promulgación del Código Penal de 1991.

La Acción de Amparo no es la vía procedimental correcta. Sin embargo, se utilizó esta vía para inaplicar una norma que en su momento no fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad, y que aparentemente, ante un cambio de escenario político y jurídico, hoy sí estaría atentando contra un derecho innominado, que buscaría más que ser reconocido, ser "creado" a través del pronunciamiento de un órgano judicial no colegiado, con todas las implicancias negativas de índole jurídico y social.

La determinación de este derecho debe darse a nivel parlamentario, la gravedad de la determinación o creación de un supuesto derecho a morir salta a la vista, por las consecuencias jurídicas, sociales y políticas que conlleva, mismas que pueden vislumbrarse en otros países a nivel mundial que así lo han dispuesto. Uno de los países que recientemente ha acogido el "derecho a morir" ha sido España:

La Ley de regulación de la eutanasia española despenaliza y regula tanto la eutanasia como el suicidio médicamente asistido en personas con sufrimiento intolerable, no necesariamente terminales. Los requisitos son bastante parecidos a los de las leyes de Holanda, Bélgica, Luxemburgo y Canadá. En otros países como Australia, Colombia, Nueva Zelanda y en algunos estados de EE. UU. únicamente está regulado en enfermos terminales. En Suiza y Alemania existe la despenalización del suicidio asistido en determinados supuestos definidos por su intención, sin que exista una ley reguladora. En todos los países se ha observado un aumento progresivo del número de casos desde la legalización (Feijoo, 2021, p. 1).

Cabe precisar que Países Bajos fue el primer país en legalizar la muerte anticipada o eutanasia en el año 2002; luego se sumaron los países antes mencionados, y en el caso particular de Nueva Zelanda su ley entrará en vigor a finales del 2021.

Consideramos, en ese sentido, que el parlamento es el único órgano que cuenta con los mecanismos democráticos y representativos que garantizan un debate público, amplio y necesario en este tema; frente a los mecanismos establecidos para la toma de decisión en el ámbito judicial (más aún cuando no se trata de un órgano colegiado). Resultando necesario la participación multisectorial de los Ministerios involucrados directamente y los demás órganos del Estado para una atención integral de esta situación con relevancia para la sociedad.

La facultad del legislativo, basada en la separación de poderes y en el deber de corrección funcional que implica que un juez no puede adoptar decisiones que corresponden al Poder Legislativo ni sustraer del debate público tan trascendente decisión, ya que es precisamente este quien goza de la representación popular y democrática.

La función de legislador es establecer el contenido positivo de las normas y determinar lo que está indeterminado, mientras que en el caso de los tribunales es hacer respetar la Constitución y la ley,

sin faltar a la objetividad e imparcialidad, sino aplicando la ley y lo que se desprende de la propia Constitución:

Solamente un método interpretativo riguroso y controlado limita la invasión de los tribunales en la esfera legislativa e impide la actividad judicativa de convertirse en un 'contra-poder legislativo' (...) En esa perspectiva, constituiría una manifiesta usurpación de poderes la posibilidad del juzgador legislar (Trovão do Rosário, 2015, pp. 733 y 738).

A decir de Altuve (2010) "resulta lógico sostener que la interpretación constitucional se encuentra claramente determinada por el carácter de la Constitución (...) sería diferente si se entiende a la constitución como un mero marco o límite o (...) programa de actuación positiva" (p. 160). La adopción del derecho a morir como un derecho innominado y protegido por nuestro ordenamiento significaría reconfigurar todo nuestro sistema jurídico en cuanto a la relativización de la protección de la vida, de la salud y de los límites a la libre y total disposición del cuerpo; de ahí la importancia de someterlo a un debate abierto que solo puede darse a nivel legislativo.

De acuerdo con los argumentos del Defensor, el calificativo de muerte digna está referido en la práctica, a la muerte anticipada y preparada por una persona que se encuentra en determinadas condiciones que, a su modo de ver, le quitarían dignidad a su vida justificando su decisión. Es decir, que el calificativo de vida digna, y por ende de dignidad de la persona, pasaría por una percepción, una idea personal, una concepción determinada de la vida propia.

Así, el Tribunal Constitucional puntualiza sobre los "derechos innominados" en la sentencia del Exp. 2488-2002-HC/TC, fundamento 15, que si bien detrás del derecho se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales "(...) éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar".

Es por ello que, a partir de los criterios expresados por la demanda para determinar la existencia de un derecho no enumerado en el texto Constitucional, pasamos a referir lo siguiente:

El **criterio de fundamentalidad**, exige que el carácter fundamental de un derecho se encuentre no solo enumerado en la Constitución, sino en la dignidad de la persona que es el valor intrínseco que ésta tiene más allá de cualquier situación particular, personal, externa o interna, ya que esta es la base de la igualdad que existe entre todos los seres humanos y del reconocimiento de los derechos que gozará a lo largo de su vida.

La muerte como tal es un hecho natural que pone fin a la vida física de la persona y por ende al goce de sus derechos, dando para ella un tratamiento distinto, pero siempre en respeto a la dignidad propia como individuo y como parte de una familia y de la sociedad. El derecho que le asiste a toda persona es el de poder acceder a condiciones acordes con su dignidad en cada etapa de la vida incluida esta etapa final, para velar por el goce sus derechos fundamentales dentro de las condiciones internas y externas que irremediablemente pueda estar atravesando.

El acto libre que tiene como base la dignidad de la persona no puede suponer un daño para la persona aun con su consentimiento, pues devendría en la desnaturalización de este acto y se estarían menoscabando todos los demás derechos, incluido el del libre desarrollo de la personalidad. Usar el argumento del respeto de la libertad y la autonomía para acabar con la propia vida es un contrasentido donde a merced del ejercicio irrestricto de estas dos capacidades se acabaría con la vida, la libertad y autonomía misma de quien las ostenta, pasando a la calidad de objeto o medio para la realización de esta acción. Esto, además de tener una repercusión negativa en el bien y la integridad de la persona, terminaría también afectando el fundamento del orden constitucional que es precisamente la defensa de la dignidad de todo ciudadano. La libertad no puede ser tergiversada de tal manera que se validen abusos contra la persona misma.

El **criterio de especificidad normativa**, sobre la estructura y los alcances del derecho no enumerado "construido" como lo sostiene el Defensor, pasaría por especificar quién es el titular del derecho, el sujeto obligado a efectivizarlo y el mandato concreto al que obliga el derecho. De la lectura integrada de la propia demanda de la Defensoría, el titular es la persona que bajo su percepción personal (criterio subjetivista) concibe la idea de que su vida no es digna de ser vivida y que por su autonomía (en su visión radical) decide dar término a su vida con la ayuda del personal médico; el sujeto obligado sería el Estado, ente al servicio de los deseos de una persona (no del bien de la comunidad), que debe cubrir esa "necesidad" a través de los servicios del personal médico; y el mandato concreto es dar muerte a la persona que en las condiciones indicadas lo solicite, para satisfacer el ejercicio de su libertad y autonomía.

De un análisis concreto de la especificidad normativa del denominado derecho a la muerte digna, se debe indicar que se trataría de un derecho basado en la autonomía radical de la voluntad de la persona que crearía obligaciones al Estado y a terceros, aun en contra de las consideraciones propias de una sociedad con valores humanos y culturales que han superado la visión de la persona como un objeto y que la ven como un fin en sí misma, más allá de las circunstancias que la rodean, tanto más cuando estas circunstancias son producto del desarrollo natural de la historia de toda persona, como es la enfermedad.

El **criterio de adecuación constitucional**, supone que el nuevo derecho no tenga contenidos normativos claramente proscritos por el ordenamiento constitucional. Aquí, a diferencia de lo planteado por la Defensoría del Pueblo, consideramos que la vida siempre será un bien para la persona más allá de las circunstancias concretas, pasajeras o permanentes, lo cual hace nacer en el propio Estado la obligación de protegerla, por lo que no podría crear ni reconocer un derecho a dar muerte en lugar de proteger la vida, sin causar en el ordenamiento jurídico un quiebre en el sostenimiento y protección de los demás derechos. Además, la *autodeterminación* es una cualidad de la voluntad, es un espacio de actuación, de discrecionalidad en el que se desarrolla la personalidad pero encausado dentro de los límites que la propia ley y el sistema jurídico reconocen para una convivencia saludable y civilizada de la que hoy gozamos; pero no es la facultad de determinar mis propias normas y reglas de acuerdo a mis deseos o intereses personales, ya que esto sí constituye una actuación arbitraria en contra de las bases de un sistema democrático propio de un estado de derecho.

Si bien ni la Constitución Política del Perú, ni los tratados internacionales sobre derechos humanos contemplan una regulación expresa y positiva sobre el derecho a la muerte como derecho fundamental, el Defensor estaría aludiendo la existencia del mismo como arte de un derecho innominado, sustentado en la enumeración abierta de derechos recogidos en el artículo 3 de nuestra Carta Magna.

Al respecto, el propio Tribunal Constitucional, se ha referido al desarrollo de estos nuevos derechos siempre en concordancia con el principio de dignidad, para evitar un mal uso de esta cláusula. Así en el fundamento 5 de la STC 0895-2001-AA, ha señalado que la utilización de esta cláusula 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, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

Nuestro Tribunal, en esa línea, ha reconocido una serie de derechos fundamentales autónomos no expresamente positivizados en la Constitución, como, por ejemplo, el derecho al agua potable, el derecho a la verdad o el derecho a la alimentación, justamente porque van estrechamente relacionados a la salvaguarda de bienes reconocidos bajo la denominación de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad; pues bajo ningún concepto correspondería que el reconocimiento de un derecho de este tipo vaya en contra de un derecho nominado constitucionalmente.

1. **Caso Ana Estrada: Resumen del Expediente N° 00573-2020-0-1801-JR-DC-11**
2. **Improcedencia de la Demanda de Amparo interpues ta por la Defensoría del Pueblo a la luz de la Constitución y normativa peruana**
3. **Estrategias procesales para la incorporación del supuesto derecho a la muerte digna**
4. **¿Es el derecho a morir un derecho fundamental no enumerado?**
5. **Precisiones conceptuales a tener en cuenta en un debate sobre eutanasia desde un enfoque bioético y biojurídico**

Descrita en los acápites anteriores la realidad jurídica procesal, a continuación, realizaremos un breve análisis desde la bioética sobre determinados términos o frases que resultan necesarios precisar a fin de otorgar significados puntuales y específicos. Es importante indicar que en estos temas cobra especial contribución la bioética, que es entendida como:

[El] estudio sistemático e interdisciplinar de las acciones del hombre sobre la vida humana, vegetal y animal, considerando sus implicancias antropológicas y éticas, con la finalidad de ver racionalmente aquello que es bueno para el hombre, las futuras generaciones y el ecosistema, para encontrar una posible solución clínica o elaborar una normativa jurídica adecuada (Postigo, s/a, p. 2).

Como podemos darnos cuenta, en el debate en torno al tema de la eutanasia existen implicaciones antropológicas, clínicas, morales y jurídicas que requieren ser absueltas teniendo, como base qué entendemos por eutanasia, por cuidados paliativos, podemos hablar de dignidad de la muerte, de derecho a morir entre otras frases que son usualmente utilizadas. A continuación, trataremos de dar respuesta a alguno de ellos a fin de que nos permita complementar lo desarrollado en el apartado anterior.

5.1. Hacia una definición de eutanasia

Etimológicamente la palabra eutanasia procede del griego *eu* = bueno y *thánatos*= muerte, lo que significaría “buena muerte”.

La Declaración de la Asociación Médica Mundial (2019) la define como: “El acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares”, calificándola como contraria a la ética, diferente es que el médico respete el deseo del paciente de que el proceso de la muerte siga su curso natural en la fase terminal de su enfermedad. Para comprender cuando estamos ante una enfermedad terminal, resulta necesario tener en cuenta los siguientes criterios que se consignan en la Guía de Cuidados Paliativos de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL):

1. Existencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable.
2. Falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico.
3. Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes.
4. Gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte.
5. Pronóstico de vida limitado, no mayor de seis meses.

Por su parte la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (2002) considera la eutanasia como aquella “Conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico” (p. 145). Como se aprecia la enfermedad no requiere estar en fase terminal, sino que sea grave e irreversible.

Por tanto, resulta conveniente precisar que, los implicados que soliciten la eutanasia, deberán

haber sido declarados como enfermos crónicos avanzados, siendo un paciente con alguna enfermedad incurable o enfermedad terminal, y aunque no necesariamente se encuentre al borde de la muerte, lo que sí es importante precisar es que debe poseer un sufrimiento importante producido por la propia enfermedad. Todo enfermo es una persona vulnerable pero los que se poseen enfermedades crónicas se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, tanto física como emocional, debido a la proximidad de la muerte o porque la enfermedad será de larga duración y su debilitamiento será de forma progresiva.

5.2. Eutanasia y Suicidio Asistido: Diferencias y semejanzas

Otros términos que conviene precisar es lo referido a la diferencia que puede existir entre eutanasia y suicidio médicamente asistido; muchos lo confunden como acciones iguales, pero la realidad es distinta. A continuación, procuraremos dar un alcance breve sobre sus diferencias y similitudes.

En la eutanasia el paciente es el sujeto pasivo, aconsejado por un médico quien es el agente activo para llevar a cabo el acto de matar; mientras que, en el suicidio médicamente asistido, el propio paciente activa el mecanismo que termina con su vida, aunque necesite de otros para cumplir el objetivo, en este caso sería el propio médico quien le otorgue los fármacos necesarios para que el propio paciente se los administre.

La similitud que podemos encontrar tanto en el suicidio médicamente asistido como en la eutanasia radica en que ambas acciones son muy parecidas, porque tienen la clara intención de causar la muerte a un enfermo. Al respecto, consideramos que la aceptación legal del suicidio médicamente asistido es el primer paso hacia la legalización de la eutanasia, tal y como lo podemos comprobar con la experiencia de lugares como Países Bajos y Bélgica cuando iniciaron las primeras acciones para legalizar la eutanasia.

Por otro lado, los promotores de la eutanasia no suelen utilizar el término de suicidio médicamente asistido, sino de “muerte digna”, “ayudar a morir”, “derecho a morir”, “derecho a morir con dignidad”, con la finalidad de suavizar las palabras y quitar carga moral a la acción que se está realizando, la de matar a un ser humano vulnerable. Es importante resaltar que el uso de todas estas denominaciones tiene por finalidad despenalizar la eutanasia, justificándola como manera de evitar el sufrimiento físico o moral de las personas, pero como hemos advertido el cambio de frases jamás eliminará el daño de la acción.

5.3. Encarnizamiento Terapéutico

Otro término a tener en cuenta es el denominado encarnizamiento terapéutico u obstinación terapéutica o distanasia, definida por la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (2002) como “aquellas prácticas médicas con pretensiones diagnósticas o terapéuticas que no benefician realmente al enfermo y le provoca un sufrimiento innecesario, generalmente en ausencia de una adecuada información” (p. 145), produciéndose un uso desproporcionado o extraordinario de medidas con la única finalidad de prolongar la vida de forma artificial, produciendo una agonía innecesaria.

Por eso conviene precisar que la práctica de la obstinación médica tiene dos orígenes: la falta de profesionalismo por parte del equipo médico y la pérdida de la finalidad de la medicina dirigida a otros intereses. Estas acciones ocasionarán graves daños para el enfermo y la familia.

En la reflexión sobre la encarnizamiento terapéutico u obstinación terapéutica es necesario establecer unos límites porque entran en conflicto dos premisas, una técnica que implicaría hacer todo lo materialmente posible para mantener con vida a la persona recurriendo a medidas desproporcionadas y otra ética que requiere un discernimiento para darse cuenta que no todo lo que se puede hacer se debe hacer. Por tanto, hay que tomar en cuenta que “no hacer todo lo

técnicamente posible es muy diferente a concluir que ya nada hay que hacer" (Germán, 2018, p. 63). Todo lo contrario, comienzan ahora una serie de cuidados que se deben prestar al enfermo y a la familia, aquí ingresaría la llamada medicina paliativa por medio de los cuidados paliativos.

5.4. Dignidad humana y eutanasia: ¿Es digno el ser humano al final de su vida?

Como ya mencionamos, en el debate sobre la eutanasia surgen casi siempre los siguientes términos: muerte digna, morir con dignidad, entre otros. A continuación, pretendemos brevemente aclarar si es posible hablar de muerte digna para referirnos a la eutanasia.

La primera premisa que surge es manifestar la contradicción existente entre el concepto de dignidad -utilizado para defender la vida-, al pretender emplearlo para justificar el hecho de acabar con la vida de un ser humano bajo el argumento de "morir con dignidad". Al respecto D' Agostino (2002), nos señala que la dignidad es un concepto que "debe ser redefinido continuamente" (p. 23), debido a que se encuentra expuesto a un continuo riesgo de ser vaciado de significado y de contenido. Pese a las referidas dificultades, en las páginas que siguen se intentará aportar algunos parámetros útiles para el desarrollo del presente concepto.

La Real Academia Española, establece que el término dignidad proviene del latín dignĭtas, - ātis, que significa "cualidad de digno, excelencia, realce (…)". Por su parte J. Hervada (2008) sostiene que la dignidad humana es "(…) eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado de ser, que lo constituye como un ser dotado de debitud y exigibilidad en relación a sí mismo y en relación con los demás" (p. 452), tratándose de un ente ordenado al deber- ser. Por tanto, el término dignidad humana es innato al ser humano "a la realización existencial de la naturaleza humana", por lo que el ser humano, por el hecho de ser persona, lo posee y no depende de las cualidades individuales de cada uno.

Por su parte, R. Domingo (2015) considera que la dignidad es la cualidad mayor e intrínseca del ser humano. Más que un derecho, es un bien básico, un valor, o un principio. Este es un único, absoluto, irreemplazable, y permanente estado ontológico de la persona y hace de la persona humana una realidad última, de interés central para todas nuestras instituciones. Gracias a la dignidad, la persona humana puede conservar su unidad viviendo en armonía con otras formas. De este modo, la dignidad es el punto de encuentro entre todas las dimensiones de la persona humana: lo legal, lo moral, lo ético, y lo religioso. Además, la dignidad humana está en la intersección de dos ejes principales: el eje horizontal que une a las personas (la comunidad política); y el eje vertical que une a la persona y a las comunidades con la trascendencia.

Lo primero que podemos extraer de esta primera parte, es que la dignidad humana se posee por el hecho de ser persona y no depende de las cualidades que se tenga. Por otro lado, la dignidad se configura no como un derecho sino, como refiere Aparisi (2013), como un "principio ético - jurídico". Reconocer a la dignidad como principio, va más allá de las condiciones de vida y de las circunstancias de la persona, lo cual es garantía de verdadera igualdad y libertad dentro de la sociedad: "Precisamente, cuando se comprende que de la dignidad humana, y de su defensa, depende, en gran medida, el destino mismo del hombre, se puede vislumbrar la importancia de tener siempre viva y activa la reflexión en torno a la misma" (Aparisi, 2013, p. 205).

Nuestro Tribunal Constitucional refiere que "la dignidad sería el valor y el principio motor –objetivo y universal– que justifica al Estado y el 'adecuado soporte direccional' de los derechos, por lo que se entiende perfectamente el lugar preeminente que tiene en las disposiciones constitucionales" (Chávez, 2021, p. 153), más aún cuando la Constitución, en su artículo 1, refiere que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. De lo referido podemos concluir que la dignidad debe ser vista como un principio y no como un derecho, debido a que, si configuramos la dignidad como un derecho, este puede ser descartado mientras que, siendo un principio, es inamovible a los cambios que se pueda realizar. Debemos tener en cuenta que ningún derecho positivizado puede ser absoluto mientras que la dignidad humana como

principio permanece en el tiempo.

Establecido el argumento jurídico conviene ahora precisar el argumento bioético, formulando la siguiente pregunta: ¿es digno el ser humano al final de su vida? En este sentido analizaremos dos posturas de pensamiento:

5.4.1. La dignidad para el pensamiento clásico

En esta corriente de pensamiento la dignidad de la persona radica en la individualidad única y original (acto de ser). Es la excelencia del ser humano por el sólo hecho de ser persona. Al respecto Millán Puelles (2014) sostiene que "la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta" (p. 79). Por tanto, en este sentido, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse (García, 2012).

Por tanto, para esta corriente de pensamiento, la dignidad de la persona no admite bajo ningún supuesto, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre el resto de los seres que carecen de razón, como son los animales y las cosas (Aparisi, 2013).

Además, conviene precisar, siguiendo a Spaemann (1988), que todo miembro de la especie humana posee dignidad y no sólo es "un fin en sí mismo para sí" (con un fundamento subjetivo) sino, un fin en sentido objetivo, o por antonomasia. Con ello afirma esta corriente de pensamiento que la dignidad no tiene como fundamento la autonomía personal o el consenso social. De tal forma que la persona "no merece un respeto incondicionado porque así lo ha decidido él mismo, —mediante una decisión autónoma—, o porque la sociedad, o el poder político se la ha atribuido. La dignidad ontológica es algo superior a esa pura decisión individual o social" (Aparisi, 2013, p. 209). Esto llega a la conclusión que todos los seres somos iguales y poseemos la misma dignidad independientemente de las actividades que se realicen, características que se posean, el consenso de las mayorías, o por lo que sabe o siente. De ahí que el ser humano pueda ser considerado como un ser "querido por sí mismo" en palabras de Tomás de Aquino. Por eso es que, aunque los bebés carezcan de conciencia y no sean capaces de razonar, nadie pone en duda considerarlos y tratarlos como personas. De igual forma muchos adultos mayores o personas que tienen enfermedades degenerativas y que han ido perdiendo capacidades físicas o mentales, no por ello dejan de ser personas. Por tanto, considerar que el ser humano es digno por sí mismo, y no sólo en razón de su conciencia o racionalidad, puede parecer una diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica al momento de legalizar determinadas acciones como puede ser la eutanasia o el suicidio asistido.

5.4.2. La dignidad para el pensamiento postmoderno

Para el pensamiento posmoderno la dignidad no es intrínseca al ser personal, sino que esta depende de las cualidades o condiciones que posea la persona como puede ser la mera racionalidad, independencia o autonomía. De tal forma que el fundamento de la dignidad dependerá de las cualidades que posea el hombre y no de su condición de ser persona (Ballesteros, 2001).

Esta corriente de pensamiento tiene su base en la filosofía utilitarista para quien el bien supremo es el placer y/o sufrimiento. Por lo tanto, el sufrimiento privaría de sentido a la vida de la persona y se constituiría en el elemento decisivo para ser persona y titular de derechos (Ballesteros, 2001). Esto trae como consecuencia la separación de unos seres humanos respecto de otros, de tal forma que no todos los seres humanos gozarían de la misma dignidad. Por tanto, aquellos seres humanos que sufren por causa de una enfermedad ya sea física, psíquica o mental son vidas que no merecen ser vividas y en consecuencia carecen de dignidad; dependiendo el concepto de dignidad de un referente subjetivo, de tal forma que, a mayor placer y menor sufrimiento, mayor dignidad,

resultado de ello es que se conciba hoy en día que existen vidas humanas que deberían ser "descartadas". De allí que el criterio decisivo para el utilitarismo es la eliminación de toda persona con sufrimiento por ser considerado indigno, conduciéndose así a una nueva forma de discriminación más sutil, que destruye las bases de la idea de dignidad humana, y donde las personas que generan, mediante sus capacidades, mayor "rentabilidad", como útiles para la sociedad en su conjunto.

A decir de Aparisi (2013):

En el contexto de la filosofía utilitarista, —para la que el bien supremo es el placer—, el sufrimiento priva de sentido a la vida del hombre. En realidad, una vida sufriente no merece ser vivida y, en consecuencia, puede llegar a carecer de dignidad. En este marco conceptual, la calidad de vida llega a convertirse en una especie de parámetro que mide los 'grados de humanidad' y, en definitiva, la dignidad (p. 212).

Para esta corriente que ha ido cobrando fuerza hoy en día, la dignidad no radicaría en el valor intrínseco de la persona, cayendo en subjetividades y relativismos, una desnaturalización que se torna un completo riesgo para el hombre.

Es importante resaltar que el sufrimiento no es un bien en sí mismo y se deben hacer todos los esfuerzos por eliminarlo, lo que está mal es eliminar al sufriente. El enfermo necesita, no sólo que el médico y que el resto del personal sanitario intenten aliviar su dolor físico mediante sus conocimientos técnicos, sino sobretodo sentirse acompañado, querido y respetado hasta el final de su vida, esa sería la auténtica muerte con dignidad y el verdadero respeto al sufriente, que es dada por medio de los cuidados paliativos.

5.5. En relación al supuesto "derecho a morir"

Otra expresión que resulta conveniente aclarar es la referida a querer equiparar la eutanasia con un derecho y de forma específica con un supuesto "derecho a morir". Al respecto conviene precisar lo siguiente:

El Derecho es una herramienta racional al servicio de la mejor convivencia, es la solución pacífica a las controversias: es lo opuesto a la violencia, por tanto, todo acto que genere violencia jamás podría ser catalogado como derecho. En el caso de la eutanasia o del suicidio asistido se genera una violencia sobre la persona más débil como es el enfermo, aunque esta sea solicitada por el mismo afectado.

Por otro lado, la misión del derecho es proteger al débil, en este caso al enfermo, por tanto debe prever mecanismos idóneos para protegerlo, mas no eliminarlo. Dentro de la configuración del Derecho jamás se podría crear un derecho que tenga como móvil eliminar al que sufre, debido a que no existe derecho a cometer un mal, se atenta contra la propia esencia del derecho que busca proteger a la persona.

El derecho como dice J. Hervada (2012) "es aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a este, en virtud de una deuda en sentido estricto" (p.75). Por tanto, qué es lo debido en el caso concreto, pues protección de la vida, que implica un derecho a conservarla, mas no a eliminarla, al ser un derecho irrenunciable y fundamental que viene inscrito en la condición del ser personal, siendo que el Estado solo lo "reconoce", pero no lo crea.

Conviene resaltar lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia 2346/02 del Caso Pretty vs Reino Unido, quienes siguiendo lo establecido en el artículo 2 de la Convención de Roma afirmaron que el derecho a la vida no puede interpretarse de modo que diera lugar a un supuesto "derecho a la muerte". Por tanto "como consecuencia, el Tribunal considera que del artículo 2 del Convenio no es posible deducir el derecho a morir, ya sea a manos de

terceros o con ayuda de una autoridad pública" (s/n). En este sentido, el supuesto derecho a la muerte va en contra de la propia esencia del ser humano y afecta la existencia de la sociedad. Afirmar lo antes expresado sería una contradicción, debido a que nuestro ordenamiento jurídico peruano garantiza el respeto de los derechos humanos y la igual dignidad de todo hombre, no pudiendo al mismo tiempo justificar la violación del derecho a la vida, eliminando a los débiles, a los frágiles, a los que resultan o pueden resultar una "carga", por más que así lo soliciten, como en el caso Ana Estrada.

Sólo se puede hablar de un "derecho a morir" partiendo de un concepto de libertad individualista y centrada en sí misma, esto originaría que la propia libertad se convierta en fuente del derecho y en consecuencia los deseos individuales serían los "creadores de derechos". Por el contrario, se debe tener en cuenta que el suprimir la vida significa destruir las raíces de la libertad, ya que la libertad solo es totalmente libre y humana si se traduce en el compromiso individual para hacer el bien (Germán, 2018).

Otro argumento que se utiliza para validar el supuesto "derecho a morir" es el de la autonomía. Al respecto, conviene precisar que ésta sólo existe si la persona está viva y es consciente que la vida es dada por y para otros. Por ello, no se puede hablar de autonomía sin responsabilidad individual y social consistente en hacerse cargo de los más débiles, de aquellos que están imposibilitados de cuidarse solos, por lo que toda vida cuenta y ninguna puede ser reducida al dominio de otra. De ello se colige que la autonomía no significa aceptar como válida cualquier decisión, por eso puede entenderse que la exigencia de tratar a las personas respetando su dignidad podrá significar limitar sus decisiones que vayan en contra de su dignidad, aunque se actúe autónomamente. Por tanto, si se redujera la dignidad a la autonomía, nos preguntamos dónde quedaría la capacidad de decisión del personal sanitario y su compromiso médico de preservar la vida, quedando sustituidos por acciones que provocan la muerte, perdiendo su esencia la naturaleza misma de la medicina y la propia identidad del médico (Germán, p. 35 - 45). Todo lo mencionado va en relación a lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional, donde señala expresamente que la dignidad no puede entenderse como mera autonomía moral (STC Exp. N° 00032 - 2010 - PI/TC, f.j.50).

En este sentido, si se llegara a admitir un supuesto "derecho a morir" en el Perú, a propósito del caso Ana Estrada, se crearía la obligación del Estado, la sociedad y del personal de salud de acoger el deseo de toda persona que invoque su derecho a morir, debiendo sancionarse cualquier intromisión o intento por impedir un suicidio o eutanasia. Asimismo, tendría que permitirse la publicidad y promoción de servicios de eutanasia, de cara a poder ejercerse el supuesto derecho de un modo "informado". La calificación del derecho a morir como derecho fundamental, en su sentido más amplio, implicaría buscar las condiciones que garanticen el ejercicio y acceso libre a todas las personas, puesto que hacer la diferencia entre persona enfermas y sanas constituiría discriminación del sujeto activo del derecho.

Además, aceptar la existencia de un derecho a morir significaría reconocer que hay vidas que no merecen ser vividas de acuerdo a los propios criterios objetivos y subjetivos de cada persona; por lo que la vida en algunos casos tendría un valor negativo, lo cual conculca directamente el respecto a la dignidad y el valor intrínseco de la persona. Más aún, la afirmación del Defensor sobre que no existe para las personas una obligación de vivir refleja la visión negativa con la que presenta el valor de la vida de Ana Estrada y de todos aquellos que viven situaciones similares, cuando se trata de un bien esencial y jurídicamente protegido que el propio Defensor está llamado a resguardar, junto a los demás organismos del Estado.

En este sentido, establecer un "derecho a morir" como una expresión suprema de la autonomía radical implicaría un verdadero obstáculo al libre desarrollo de la personalidad, excediendo su real contenido. Este "derecho" se manifestaría sobre la base de una libertad irrestricta sobre la disposición del cuerpo de la persona vulnerable, como es el enfermo, pasando de ser un sujeto de derecho a un objeto.

A decir de Albert (2016):

El suicidio asistido como derecho no se reconoce universalmente. Se reconoce en las personas de los enfermos, de los incapaces (…) He aquí la falacia del argumento de la autodeterminación como expresión de la necesaria libertad que debe reinar en el ámbito de la intimidad de cada cual (p. 215).

Si erróneamente se aceptase que el sustento es el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía, el derecho a la eutanasia no tendría por qué restringirse solo a los que padecen una enfermedad o un dolor físico. Por el contrario, debería estar disponible a cualquiera que lo solicite (v.g. un prisionero; cualquier que tenga un dolor físico o emocional no psicopatológico, una persona en cuadros de depresión, etc.). De ser catalogado como derecho no podría restringirse su goce solo a aquellas personas con discapacidad o que padecieran una enfermedad terminal.

El mandato concreto de la eutanasia sometería al personal médico a ir en contra de sus disposiciones deontológicas, la humanización que implica el desarrollo de la profesión médica y el juramento hipocrático que todo médico realiza al inicio de su profesión, trastocando los objetivos y fines de la ciencia médica como son salvar la vida y brindar los cuidados necesarios que todo paciente pudiera necesitar, sean curativos o paliativos.

Más allá de la objeción de conciencia que pudiera invocar el personal médico, no se justifica el ingreso de derechos injustos e inconstitucionales que quebrarían la unidad y coherencia de nuestro sistema jurídico normativo, contraviniendo la protección de los derechos fundamentales de las personas que sí están constitucionalmente protegidos.

De acuerdo al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el control difuso solo se aplica cuando existe incompatibilidad y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución; sin embargo, de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico se deriva que existe unidad y coherencia entre las normas fundamentales no existiendo un derecho a la eutanasia, por lo que al haber una interpretación constitucional referida a la protección de la vida de forma integral, debe optarse por ésta. En consecuencia, no procede la inaplicación del art. 112 del Código Penal, al estar alineados al cuerpo normativo y las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la vida “hasta su muerte natural”.

En este sentido ni la supuesta libertad, ni autonomía se pueden configurar como fundamentos de un supuesto “derecho a morir”. La muerte de toda persona sea en la circunstancia que fuere, está revestida de dignidad por el hecho de ser una persona única, singular e irrepetible, para su entorno, su familia y para la sociedad misma; por lo mismo consideramos que el debate debe sincerarse de utilizar adjetivos calificativos innecesarios que lleven el debate a un plano sentimental y vacíen de contenido al derecho.

5.6. Derecho a vivir con dig nidad hasta el final: Cuidados P aliativos

Visto todo lo anterior, resulta claro señalar que no existe el término de “muerte digna” ni el de “derecho a morir con dignidad” ya que ambos significados son contradictorios por los argumentos anteriormente descritos. De lo que sí conviene hablar es del derecho a vivir con dignidad hasta el final de la vida y esto sólo se logra con la medicina paliativa mediante los cuidados paliativos.

La medicina paliativa no tiene por finalidad prolongar la vida innecesariamente ni acortarla, sino ayudar a que el enfermo viva dignamente hasta el final. Por tanto, cuando la medicina curativa establece que “ya no hay nada que hacer” es donde ingresa la medicina paliativa o también llamada medicina del cuidado por medio de los cuidados paliativos (Germán, 2018).

Los cuidados paliativos nacen en los años sesenta en los *hospices* británicos, de la mano de la enfermera Cecily Mary Saunders. Estos *hospices*desarrollaron un modelo de atención integral

poniendo al enfermo y a su familia en el centro de todo cuidado. Además, consideraron incorporar un trabajo multidisciplinario e innovador en la dinámica de atención, no sólo teniendo en cuenta las necesidades físicas, sino también las psicológicas, sociales, emocionales, religiosas y espirituales, con la finalidad de darle al enfermo el mayor grado de confort y bienestar posible dentro del contexto de una enfermedad terminal. (Germán, 2018).

La Organización Mundial de la Salud (2002) ha definido los cuidados paliativos como:

Enfoque para mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan los problemas asociados con enfermedades potencialmente mortales. Incluye la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la identificación temprana, evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales (s/n).

De tal forma que es errónea aquella interpretación que considera que los Cuidados Paliativos deben aplicarse al final de la enfermedad. Una adecuada aplicación de ellos, y un auténtico derecho a vivir con dignidad, requiere que estos sean aplicados desde el primer día que se diagnostica una enfermedad grave y de acuerdo a las necesidades del enfermo y su familia.

Asimismo, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (2002) define a los cuidados paliativos de la siguiente manera:

Consiste en la atención integral, individualizada y continuada de personas y sus familias Con una enfermedad avanzada, progresiva o terminal que tienen síntomas múltiples, multifactoriales y cambiantes con alto impacto emocional, social y espiritual, y alta necesidad y demanda de atención. Estas necesidades deben ser atendidas de manera competente, con los objetivos de mejora del confort y calidad de vida definida por enfermos y familia y de acuerdo con sus valores, preferencias y creencias (s/n).

Esta definición cumple con todas las características que debe comprender un real concepto de Cuidados Paliativos.

5.7. Cuidados Paliativos y Sedación Paliativa

Es importante precisar las diferencias que existen entre estos dos términos, Cuidados Paliativos y Sedación Paliativa, a fin de evitar confusiones. Ello debido a que, a veces se considera que la Sedación Paliativa es una eutanasia encubierta, cuando la realidad es distinta.

Según la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (2002) se debe entender por sedación paliativa, una vez obtenido el oportuno consentimiento, a “la disminución del nivel de conciencia del paciente de manera deliberada (…) mediante la administración de los fármacos indicados y a las dosis proporcionadas, con el objetivo de evitar un sufrimiento insostenible causado por un síntoma o síntomas refractarios” (s/n). Es adecuada la afirmación que manifiesta que la sedación disminuye el nivel de conciencia, pero esto no quiere decir que intencionalmente se provoque la muerte, sino que esta será consecuencia del curso natural de la enfermedad; a diferencia de la eutanasia que tiene como principal intención quitar la vida del enfermo administrando dosis letales de fármacos para asegurar la muerte rápida, la Sedación Paliativa busca una administración monitorizada y personalizada de fármacos, buscando como resultado el alivio de los síntomas y dar un confort digno al enfermo. Consecuencia de este tratamiento médico se impide que el enfermo muera con sufrimientos y/o dolor; mostrando que, aunque físicamente esté muy deteriorado por la enfermedad que padece, no ha perdido para nada su dignidad. Por eso resulta un sin sentido que se diga que con la eutanasia lo que se busca es una muerte digna eliminado al que sufre y no viendo mecanismos como el de los cuidados paliativos, que controlan el dolor, alivian el sufrimiento y ponen en el centro al enfermo y su familia (Germán, 2018, pp.75 - 78).

El respeto de la dignidad se evidencia:

Concienciando a cada individuo de su derecho a decidir responsablemente sobre los tratamientos que se le apliquen, a rechazarlos, a solicitar la alta voluntaria y a morir en su domicilio, eso sí, con cuidados paliativos. Los médicos también deben concienciarse de que tienen ante sí a una persona y no simplemente una patología, y que la no curación no supone ninguna frustración, dado que queda el camino del alivio, una tarea igualmente profesional. Los juristas debemos proponer medidas e infraestructuras para que se incorporen a los hospitales sistemas eficaces de cuidados paliativos y vías alternativas que mejoren la comunicación entre el médico y el paciente, que se dignifique la vida en su tramo final (Marcos, 2021, p. 148).

Por lo tanto, consideramos que entre la eutanasia, suicidio asistido y cuidados paliativos estos últimos son el único tratamiento médico que debe ser considerado para asegurar un auténtico "derecho a vivir con dignidad hasta el final". Los Cuidados Paliativos constituyen la expresión más humana de morir, haciendo que el sistema sanitario esté centrado de forma integral en las necesidades del enfermo y de su familia. Por tal motivo, resulta de importancia que en el Perú se implemente el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas, establecido por Ley N° 30846 publicada el 24 de agosto de 2018. Cabe resaltar que en el artículo 3 de la mencionada Ley, se hace referencia a la necesidad de brindar los cuidados necesarios al paciente, considerando el entorno familiar y a los cuidadores, así como el contar con apoyo espiritual y psicológico, junto a medidas necesarias con enfoque intercultural, que demandan los enfermos crónicos terminales.

1. **La protección del Estado frente a actuaciones arbitrarias**

Detrás de un pedido de eutanasia se encuentra una persona que sufre y busca ser confortada, mas no abandonada; que necesita ser acompañada y sostenida, no asesinada; que necesita ser asistida para superar su temor a lo desconocido, al dolor, a la muerte. Además, necesita que otra persona le diga que estará allí, que no será una carga, que lo acompañará hasta el final. Quien sufre quiere que se le trate como una persona y se le respete en su dignidad.

Por ello, el Estado tiene el deber de proteger a la persona de actuaciones que pongan en peligro la vida y salud de la persona de forma injustificada, ello a la luz del artículo II y III del Título Preliminar de la Ley General del Salud, el cual señala que la protección de la salud es un derecho irrenunciable de la persona, y es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. La enfermedad y el sufrimiento no son situaciones arbitrarias, ni su padecimiento puede ser calificado de trato cruel e inhumano, ya que no comportan actos injustificados de terceros en contra de la persona. Estas son situaciones naturales, ciertamente no queridas, difíciles de sobrellevar, que será necesario controlar, aliviar y si es posible suprimir, pero no con la eliminación del propio ser humano que las padece, lo cual sí constituiría un comportamiento arbitrario y discriminatorio frente a una vida que sufre, sobre todo al ser un hecho irreversible.

En ese sentido, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad (art. 2), reconoce "el respeto de la dignidad inherente" (art. 3), el goce del derecho a la vida (art. 10), y la necesidad de garantizar la asistencia personal (art. 9, num. 2) que sea necesaria para facilitar su existencia (art. 19, lit. b). Asimismo, es propio destacar el derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo 7 de nuestra Constitución, que expresamente indica:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Es así que el derecho a morir o a la práctica de la eutanasia no es una medida que se alinee con el principio de dignidad ni con los derechos fundamentales antes previstos; por el contrario, atenta contra la vida y la protección de la salud, como bienes jurídicamente protegidos, razón principal

por la que no puede estar contemplado dentro de nuestro ordenamiento jurídico peruano, ni pretender ser amparado constitucionalmente, pues de una interpretación integral y sistemática de los derechos, junto con las demás leyes desarrolladas en el sistema jurídico y de la mano de tratados internacionales de protección de los derechos humanos, se ha establecido una clara protección del derecho a la vida y un deber de cuidado a las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

Conclusiones

En un debate sobre la eutanasia, producto de la sentencia del Poder Judicial sobre el caso de Ana Estrada, es necesario tener en cuenta tres elementos: proteger la vida, aceptar la muerte de forma natural y respetar la dignidad humana. La muerte al final de la vida es constitutiva de la naturaleza humana y debe acontecer de forma natural, no a través de su conculcación y desnaturalización por medio de la práctica de la eutanasia, el encarnizamiento terapéutico o el suicidio asistido.

La eutanasia y la sedación paliativa, son conceptos distintos. Los dos tienen por finalidad que el enfermo no sufra y padezca dolor, pero difieren en los medios empleados. En la eutanasia con la aplicación del fármaco, implica acabar con la vida del enfermo, en cambio en la sedación paliativa la intención con la que se administra busca que la muerte del paciente se dé sin sufrimiento, de forma natural.

La privación de los cuidados básicos podría convertirse en una eutanasia disfrazada, el enfermo tiene que morir por su enfermedad, nunca por falta de cuidados y atención. Una sociedad realmente solidaria debería centrar sus esfuerzos para ayudar a morir con dignidad a quien está llegando al final de su vida, cuidándolo, a pesar de que físicamente pudiera estar deteriorado se sienta acompañado y respetado en su dignidad, la falta de salud no es razón para excluir o eliminar a una persona, no determina el valor de un ser humano. El enfermo tiene derecho a vivir dignamente hasta el final, siendo necesaria la debida implementación de los cuidados paliativos.

Es por ello, que ante las consecuencias tan delicadas que implicaría el reconocimiento de un supuesto “derecho a morir”, en este caso, a través de la eutanasia practicada por el personal sanitario a aquellas personas que lo justifiquen, el Defensor del Pueblo ha ido en contra de su labor de defensa de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, buscando que se le asigne al Estado un aparente deber que no le corresponde, así como la indebida configuración de una prestación con carácter de servicio público para practicar la eutanasia a la ciudadana Ana Estrada, cuando esta lo solicite. Sumado a ello, la vía de debate que corresponde es a nivel parlamentario, a través de la iniciativa legislativa, y no mediante la aplicación del control difuso, a sabiendas de la carga social tan grande que esto implicaría y las consecuencias negativas a la estabilidad de nuestro sistema jurídico y bases de un Estado Democrático de Derecho.

Referencias

Altuve-Febres Lores, F. (2010). El Juez Constitucional como Legislador Positivo en el Perú. Revista Jurídica Piélagus, (9), 159-175. Recuperado de https://bit.ly/3y3fJmD

Aparisi Miralles, A. (2013) El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global, Cuadernos de Bioética, vol. XXIV, núm. 2, mayo-agosto, 2013, 201-221.

Ballesteros, J., “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, en G. Tomás (coord.), Manual de Bioética, Ariel, Barcelona, 2001.

Chavez Postigo, J. (2021) La dignidad ante la eutanasia: Notas críticas a la sentencia del caso Ana Estrada, Gaceta Constitucional, Lima.

Código Penal del Perú de 1991.

Código Procesal Constitucional del Perú de 2004.

Constitución Política del Perú de 1993.

Corte Superior de Justicia de Lima Décimo Primer Juzgado Constitucional (2021) Sentencia del 22 de febrero de 2021. Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-1. Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3/D_Sentencia_Ana_Estrada_250221.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3]

D'Agostino, F. (2002) "Dignidad humana, tema bioético" en Vivir y morir con dignidad, González, A.M.; Postigo, E.; Aulestiarte, S. (eds.), EUNSA, Pamplona.

Declaración de la Asociación Médica Mundial (2019). Recuperado de https://bit.ly/3BzIj1i

Defensora del Pueblo (2020) Demanda de febrero de 2020. Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-1. Recuperado de https://bit.ly/3kLoOwN

Domingo, R., "Restoring Freedom of Conscience", en Journal of Law and Religion, Cambridge University Press, USA, (30/2), 2015, 176 – 193.

Feijoo Velaz, J. (2021) Estudio médico-legal de la evolución legislativa de la eutanasia en España y en otros países. Tesis para optar el grado de Medicina. Universidad de Valladolid. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47440

García Cuadrado, A.M. (2012) "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona" en Persona y Derecho, núm. 67, 2.

Germán Zurriarán, G. (2018) El final de la vida. Sobre eutanasia, ensañamiento terapéutico y cuidados paliativos, Ediciones Palabra, Madrid.

Hervada, J. (2008) Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, EUNSA, Pamplona.

Hervada, J. (2012) Temas de Filosofía del Derecho, EUNSA, Pamplona.

Marcos del Cano, A. M. (2021). ¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la eutanasia de nuestro país. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (29), 128-151. https://doi.org/10.36151/td.2021.006

Millán-Puelles, A. (2014) VI. Obras completas de Antonio Millán-Puelles, Ediciones Rialp, Madrid.

Albert, M. (2016) "Privacidad y Derecho a Morir" en Bioética y Nuevos Derechos, Comares, Granada.

Postigo, E. (s/a) Bioética definición: Qué es bioética, Concepto de Bioética y corrientes actuales. Recuperado de https://www.printfriendly.com/p/g/cuWbiE

Real Academia Española., Diccionario de la lengua española (http://www.rae.es)

Sociedad Española de Cuidados paliativos (s/n) Guía de Cuidados Paliativos. Recuperado de https://bit.ly/3iK0BUK

Spaemann, R. (1988) "Sobre el concepto de dignidad humana" en Persona y Derecho, 1988, num. 19, p. 20

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 1136-97-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 2488-2002-HC/TC.

Tribunal de Estrasburgo. Sentencia 2346/02. Caso Pretty vs Reino Unido.

Trovão do Rosário, P. (2015) Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? UNED. Revista de Derecho UNED, (16), 713-740. Recuperado de https://bit.ly/36TD7Hz

References

1. Altuve-Febres Lores, F. (2010). El Juez Constitucional como Legislador Positivo en el Perú. Revista Jurídica Piélagus, (9), 159-175. Recuperado de https://bit.ly/3y3fJmD
2. Aparisi Miralles, A. (2013) El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global, Cuadernos de Bioética, vol. XXIV, núm. 2, mayo-agosto, 2013, 201-221.
3. Ballesteros, J., “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, en G. Tomás (coord.), Manual de Bioética, Ariel, Barcelona, 2001.
4. Chavez Postigo, J. (2021) La dignidad ante la eutanasia: Notas críticas a la sentencia del caso Ana Estrada, Gaceta Constitucional, Lima.
5. Código Penal del Perú de 1991.
6. Código Procesal Constitucional del Perú de 2004.
7. Constitución Política del Perú de 1993.
8. Corte Superior de Justicia de Lima Décimo Primer Juzgado Constitucional (2021) Sentencia del 22 de febrero de 2021. Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-1. Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3/D_Sentencia_Ana_Estrada_250221.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3]
9. D’Agostino, F. (2002) “Dignidad humana, tema bioético” en Vivir y morir con dignidad, González, A.M.; Postigo, E.; Aulestiarte, S. (eds.), EUNSA, Pamplona.
10. Declaración de la Asociación Médica Mundial (2019). Recuperado de https://bit.ly/3BzIj1i
11. Defensora del Pueblo (2020) Demanda de febrero de 2020. Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-1. Recuperado de https://bit.ly/3kLoOwN
12. Domingo, R., “Restoring Freedom of Conscience”, en Journal of Law and Religion, Cambridge University Press, USA, (30/2), 2015, 176 – 193.
13. Feijoo Velaz, J. (2021) Estudio médico-legal de la evolución legislativa de la eutanasia en España y en otros países. Tesis para optar el grado de Medicina. Universidad de Valladolid. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47440
14. García Cuadrado, A.M. (2012) “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona” en Persona y Derecho, núm. 67, 2.
15. Germán Zurriarán, G. (2018) El final de la vida. Sobre eutanasia, ensañamiento terapéutico y cuidados paliativos, Ediciones Palabra, Madrid.
16. Hervada, J. (2008) Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, EUNSA, Pamplona.
17. Hervada, J. (2012) Temas de Filosofía del Derecho, EUNSA, Pamplona.
18. Marcos del Cano, A. M. (2021). ¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la eutanasia de nuestro país. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (29), 128-151. https://doi.org/10.36151/td.2021.006
19. Millán-Puelles, A. (2014) VI. Obras completas de Antonio Millán-Puelles, Ediciones Rialp, Madrid.
20. Albert, M. (2016) “Privacidad y Derecho a Morir” en Bioética y Nuevos Derechos, Comares, Granada.
21. Postigo, E. (s/a) Bioética definición: Qué es bioética, Concepto de Bioética y corrientes actuales. Recuperado de https://www.printfriendly.com/p/g/cuWbiE
22. Real Academia Española., Diccionario de la lengua española (http://www.rae.es)
23. Sociedad Española de Cuidados paliativos (s/n) Guía de Cuidados Paliativos. Recuperado de https://bit.ly/3iK0BUK

24. Spaemann, R. (1988) “Sobre el concepto de dignidad humana” en Persona y Derecho, 1988, num. 19, p. 20
25. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 1136-97-AA/TC.
26. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 2488-2002-HC/TC.
27. Tribunal de Estrasburgo. Sentencia 2346/02. Caso Pretty vs Reino Unido.
28. Trovão do Rosário, P. (2015) Tribunal Constitucional – ¿un legislador negativo o positivo? UNED. Revista de Derecho UNED, (16), 713-740. Recuperado de https://bit.ly/36TD7Hz