

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derechos Humanos



FACTORES QUE DETERMINAN LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO VITAL COMO EJERCICIO DEL DERECHO HUMANO A LA EUTANASIA EN PERÚ EN EL AÑO 2021.

Tesis presentada por el Bachiller

Caballero Laura, Hugo Julio

Para optar el Grado Académico de Maestro en
Derechos Humanos

Asesor:

Mgter. Camargo Riega, Alberto Vittorio

Arequipa - Perú

2022

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 30 de Junio del 2022

Dictamen: 006725-C-EPG-2022

Visto el borrador del expediente 006725, presentado por:

2007000291 - CABALLERO LAURA HUGO JULIO

Titulado:

**FACTORES QUE DETERMINAN LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO VITAL COMO EJERCICIO DEL
DERECHO HUMANO A LA EUTANASIA EN PERÚ EN EL 2021**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**2878 - TEJADA PACHECO NEIL HERNAN
DICTAMINADOR**



**5855 - MAYTA COAGUILA RONALD ALBINO
DICTAMINADOR**



**6737 - VARGAS SALAS OBED
DICTAMINADOR**



Dedicatoria

*"A Noelia mi esposa, Axel y
Breyner mis hijos, con gratitud,
admiración y amor"*



“El viaje durará más que mi vida.
Por eso lo emprendo”

*Qué contiene los insultos que Don
Raymundo Herrera nos afrentaba. Manuel Scorza.*



ÍNDICE

Dedicatoria	II
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	VI
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	X
1. HIPÓTESIS	XII
1.1. Hipótesis General	XII
2. OBJETIVOS	XIV
2.1. Objetivo General.	XIV
2.2. Objetivos Específicos.....	XIV
CAPÍTULO I	1
MARCO TEÓRICO.....	1
1. Los Derechos Humanos	1
1.1. Definiciones Institucionales	1
1.2. Definiciones Doctrinales.....	2
1.3. Algunas Consideraciones.....	3
1.4. Clasificación por Generaciones de los Derechos Humanos	5
1.5. Contenido y Fundamento de los Derechos Humanos.....	9
1.6. Características de los Derechos Humanos	12
1.7. Naturaleza de los Derechos Humanos	17
1.8. Teoría de la Argumentación de Manuel Atienza.....	20
1.9. Derechos Humanos Conexos con el Derecho a la Eutanasia	23
1.10. Principios.....	37
2. La Eutanasia.....	46
2.1. Panorama Histórico de la Eutanasia.....	46
2.2. Definiciones Terminológicas	48
2.3. Definición Legal	49
2.4. Definición Médica.....	50
2.5. Clases de Eutanasia	51
2.6. Eutanasia en el Derecho Comparado.....	57
2.7. Naturaleza Jurídica de la Eutanasia.....	67
2.8. ¿Por qué la Eutanasia es un Derecho Humano?	69
3. Testamento Vital	72
3.1. Voluntades anticipadas.	73

3.2. La Autotutela.....	78
3.3. Definición del Testamento Vital.....	82
3.4. Naturaleza Jurídica.....	90
3.5. Porqué Testamento Vital y no otra Nominación.....	91
CAPÍTULO II.....	92
METODOLOGÍA.....	92
1. Tipo y Nivel de Investigación.....	92
1.1. Tipo.....	92
1.2. Por el Nivel de Profundización.....	92
1.3. Por el Ámbito.....	92
1.4. Por su Finalidad.....	92
1.5. Por su Ejecución en el Tiempo.....	92
2. Objetivos.....	92
2.1. Objetivo general.....	92
2.2. Objetivos Específicos.....	92
3. Hipótesis.....	93
3.1. Hipótesis general.....	93
4. Planteamiento Operacional.....	94
4.1. Técnicas, Instrumentos y Materiales de Verificación.....	94
4.2. Campo de Verificación.....	95
4.3. Unidades de Estudio.....	95
CAPÍTULO III.....	96
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	96
1. Análisis de la Eutanasia en el Perú: Caso Ana Estrada.....	96
1.1. Demanda de Amparo.....	97
1.2. Sentencia de Primera Instancia.....	98
2. Análisis de Encuestas Realizadas.....	104
CONCLUSIONES.....	124
RECOMENDACIONES.....	126
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128
ANEXOS.....	136
Proyecto Ley: Ley que Regula el Testamento Vital.....	
Encuesta aplicada a los Notarios.....	
Demanda de Amparo interpuesta por Ana Estrada.....	
Sentencia de Primera Instancia Expediente N° 00573-2020-0-1801-JR-DC-11.....	

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

- ACNUR Agencia de la ONU para los refugiados
- art. Artículo
- CADH Convención Americana de Derechos Humanos
- Cas. Casación
- CC Código Civil
- CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Const. Constitución Política del Perú
- CSJAR Corte Superior de Justicia de Arequipa
- CP Código Penal
- D. Leg. Decreto Legislativo
- D. Ley Decreto Ley
- D. S. Decreto Supremo
- DDHH. Derechos Humanos
- ed. edición.
- Ed. / Eds. Editor / Editores.
- Ed. Rev. Edición Revisada.
- EP Diario oficial El Peruano
- EsSalud Seguro Social de Salud
- *et al.* y otros.
- Exp. Expediente
- f. / ff. Fundamento / fundamentos
- inc. / incs. Inciso / incisos
- MA Muerte asistida
- MINJUS Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- MINSA Ministerio de Salud
- N°. Número.
- ONU Organización de las Naciones Unidas
- p. (pp.) página (páginas).
- PJ Poder Judicial
- Pt. Parte.
- Res. Resolución
- [sic] Así, para referir que la palabra o expresión que precede,

aunque pueda parecer incorrecta o equivocada, es una copia textual del original.

- s. / ss. Siguiente / siguientes
- s.f. sin fecha.
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional
- TC Tribunal Constitucional
- Vol. / Vols. Volumen o Volúmenes.



RESUMEN

La presente investigación, aborda el problema de la eutanasia y plantea que es un derecho humano innominado, tanto en la legislación internacional, como en la nacional; pero que se presupone a partir de principios y derechos reconocidos internacional y nacionalmente; como son los principios de autonomía de la voluntad, dignidad humana, entre otros y los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad física, psíquica y moral, la prohibición de torturas, tratos crueles e inhumanos; entre otros. Además, este derecho a la eutanasia, ya ha sido reconocido en nuestro país, a través de la sentencia de primera instancia de Ana Estrada y que, a pesar de que los implicados a dicha sentencia, - Procuraduría Pública de EsSalud, MINSA, o Defensoría del Pueblo-; no apelaron; sin embargo, tuvo que ser elevada a consulta a la Corte Suprema, por obligatorio control difuso, quedando a la fecha de presentación de esta investigación, a la espera de la emisión del voto dirimente.

Sumado a ello, se plantea que estando al reconocimiento de la eutanasia como derecho fundamental, este debe poder efectivizarse a través de un instrumento idóneo con las formalidades de ley, como es el testamento vital, que cobra especial relevancia en tanto y en cuanto, por temas de la propia enfermedad que padece el peticionante; este sabe que llegará un momento en el que no podrá expresar su voluntad; debido a que dicha enfermedad terminal o crónica; se lo impedirá, por una cuestión física, como en el caso de la paraplejia; por la pérdida de sus facultades mentales, como en el caso del alzhéimer; o por cualquier circunstancia que lo coloque en una situación en la que la persona no podrá expresar su voluntad por carecer de conciencia.

Además, proponemos que, a fin de evitar el sufrimiento innecesario y un trámite enfrascado en una burocracia extremadamente engorrosa y lenta, ante el poder judicial, en la que literalmente se les va la vida a los pacientes; en nuestro país se reconozca taxativamente el derecho a la solicitud de la eutanasia, para cumplir con el fin de la muerte digna, a través de un instrumento capaz de perennizar dicha voluntad, con las formalidades que la ley ampara, y este instrumento es el testamento vital.

Palabras Clave: Testamento vital, Eutanasia, Voluntad anticipada, Dignidad, Derechos Humanos.

ABSTRACT

The present investigation addresses the problem of euthanasia and states that it is an unnamed human right, both in international and national legislation; but that is presupposed from internationally and nationally recognized principles and rights; such as the principles of autonomy of the will, human dignity, among others, and the rights to life, liberty, physical, mental and moral integrity, the prohibition of torture, cruel and inhuman treatment; among others. In addition, this right to euthanasia has already been recognized in our country, through the first instance sentence of Ana Estrada and that, despite the fact that those implicated in said sentence, - EsSalud Public Prosecutor's Office, MINSA, or the Ombudsman's Office Village-; they did not appeal; however, it had to be referred to the Supreme Court for consultation, due to mandatory diffuse control, remaining as of the date of presentation of this investigation, awaiting the issuance of the casting vote.

In addition to this, it is proposed that since euthanasia is recognized as a fundamental right, it must be possible to make it effective through an appropriate instrument with the formalities of law, such as the living will, which is especially relevant insofar as, for issues of the illness suffered by the petitioner; he knows that there will come a time when he will not be able to express his will; because said terminal or chronic disease; it will be prevented, for a physical reason, as in the case of paraplegia; by the loss of their mental faculties as in the case of Alzheimer's; or for any circumstance that places him in a situation in which the person will not be able to express his will due to lack of conscience.

In addition, we propose that, in order to avoid unnecessary suffering and a process involved in an extremely cumbersome and slow bureaucracy, before the judiciary, in which the lives of patients literally disappear; In our country, the right to request euthanasia is strictly recognized, to fulfill the goal of a dignified death, through an instrument capable of perpetuating said will, with the formalities that the law protects, and this instrument is the testament. vital.

Keywords: Living Will, Euthanasia, Advance Directive, Dignity, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, abordamos el tema de la eutanasia, como un derecho humano, que si bien es cierto, no tiene un reconocimiento positivo; sin embargo, sí está presupuesto por otros derechos positivos; como ocurre con muchos otros derechos innominados, que posteriormente son reconocidos por la jurisprudencia, y con el tiempo tienden a formalizarse a través del reconocimiento taxativo, en la legislación interna; por lo que en el capítulo I, se desarrollan todos los aspectos considerados acerca de los derechos humanos, desde sus definiciones de índole etimológico, doctrinal, jurisprudencial; así mismo se enfoca la naturaleza de los derechos humanos, sus generaciones, su contenido y fundamento; así como su paso por el tiempo, desde su aparición en la civilización; hasta nuestros días; todo ello, a fin de determinar si esa naturaleza, contenido, fundamento, características y otros; son compartidos por la eutanasia como derecho, para corroborar, si efectivamente la eutanasia sería un derecho humano, o no. Así mismo se tratan aquellos derechos que presuponen el derecho a la eutanasia, los derechos conexos con la eutanasia o de los cuales emerge el derecho a la eutanasia, considerando el bien jurídico protegido, a fin de poder saber el alcance de cada uno de los derechos considerados como conexos o interrelacionados con el derecho a la eutanasia.

El segundo tema abordado, es la eutanasia, en el que vemos que la eutanasia, es un problema tan antiguo como la propia civilización, por lo que se ofrece un panorama sociohistórico, desde la antigüedad griega, hasta nuestros días. Posteriormente, procuramos brindar las definiciones que sobre ella recaen; así veremos cómo según estas definiciones, en algunos casos, la aplicación de la eutanasia está reservada al personal médico; mientras que, en otros, a cualquier persona; por lo que cabe posicionarnos en determinar, si el agente que realiza la eutanasia debe tener alguna cualidad especial (ser personal de salud), o no (cualquier persona). Después, se realiza la clasificación de los tipos de la eutanasia abordada por la doctrina, así, nosotros asumimos la clasificación por sus medios, que señala dos tipos de eutanasia, la pasiva y activa. Así mismo, también abordamos el desarrollo de la eutanasia en el derecho comparado, donde analizamos los avances y retrocesos en el mundo, con respecto al reconocimiento, positivización, prohibición o punición de la eutanasia.

El tercer tema tratado, es el del testamento vital; a través de este capítulo, inicialmente abordamos un término más genérico, como es el de las voluntades anticipadas; para luego tratar sobre las autotutelas y conforme a ello presentar las características y semejanzas con el testamento vital, que en realidad vendría a ser hipónimo, con respecto a las voluntades anticipadas; el fin es establecer el por qué, este término -testamento vital-, conceptúa mejor el instrumento a través del cual se hace referencia a la disposición de cuestiones de salud, tratamientos, terapias y otros; así como al pedido de la muerte asistida, o eutanasia.



1. HIPÓTESIS

1.1. Hipótesis General

Dado que, el testamento vital es una expresión legítima de voluntad del paciente crónico o terminal, es probable que este sea válido cuando se hace uso de él, en el ejercicio del derecho humano a la eutanasia.

La eutanasia es un derecho humano, que conforme a nuestra constitución en su art. 3, formaría parte de los llamados derechos innominados, por cuanto su fundamento es la dignidad humana; además de que compartiría las mismas características de los derechos humanos y/o fundamentales, lo cual se sustentaría en el análisis de los principios base, de los derechos humanos; que son la dignidad, la autonomía y la igualdad.

Así el derecho a la eutanasia implicaría, como cualquier derecho humano, la característica de inalienabilidad, universalidad, relatividad, indivisibilidad e interdependencia, entre otros; que nos haría reconocer desde lejos, a la eutanasia como un derecho humano.

Es en este contexto, donde se reconocería al derecho a la eutanasia como un derecho humano, que cuando una persona, esté en condición de paciente clínico terminal, o con una enfermedad crónica, éste deba tener la facultad de ejercer su derecho de un pedido a la eutanasia, a través de un mecanismo idóneo que perennice su voluntad, para que ésta quede firme, en tanto y en cuanto, la voluntad del paciente ya no pueda ser expresada por las propias consecuencias de degradación de la enfermedad; por cuanto limitan sus funciones para poder expresar la voluntad, como por ejemplo en el caso de parapléjicos, personas con alzhéimer, o algunos cánceres que postrarán a la persona y le quitarán la capacidad de comunicación, esto es, que ya sea por el deterioro de las funciones psíquicas o biológicas, el paciente ya no podrá expresar su voluntad, y tal vez ni siquiera podrá comprender su voluntad. Esta facultad a la que hacemos referencia, deberá contar con un instrumento, cuyas solemnidades, hagan que pueda efectivizarse el pedido. Se propone al testamento vital, como herramienta cuya validez debe ser reconocida, para que la voluntad de

un ser humano en los últimos días de su existencia, sea válida, por el respeto irrestricto al derecho a la autonomía de la persona.

Dice Inmanuel Kant que el hombre (especie), es un ser en sí mismo, un fin y no un medio, las cosas tienen precio, pero el hombre tiene dignidad, sentencia. Este atributo que hace del hombre un ser especial, dotado de un poder, que lo hace digno; es el que le brinda la fuerza de luchar por una muerte digna. Así la eutanasia, la muerte digna, es la contracara de la misma moneda, del derecho a la vida en dignidad; que al ser seres dotados de dignidad, merecemos morir dignamente, y este ha de ser un derecho, por el simple hecho de ser humanos, y dentro del ejercicio de dicho derecho, tenemos la libertad, la potestad, de elegir sobre el destino de nuestro ser, y comunicarlo ahora, porque sabemos que llegará el momento en el que producto del mal que nos aqueja, ya no podremos expresar nuestra voluntad. De esta manera, el testamento vital, se convierte en la herramienta idónea, para expresar nuestra voluntad de disposición sobre nuestro cuerpo, cuando llegado el momento ya no podamos expresarnos; es entonces el testamento vital, una herramienta que optimiza el derecho humano de la eutanasia, la muerte digna; así el paciente cuyas características de enfermedad terminal o crónica, le generan dolor y sufrimiento, que no opta por el suicidio y desea pasar las etapas de su vida, hasta el momento en el que ya no puede expresar su voluntad, usa como legítima expresión de la misma, a futuro, lo que legalmente se permite para ello, que es una escritura pública, solo que al ser la disposición de la vida, como penúltima voluntad, y por sus características particulares, esta escritura se denomina testamento vital.

2. OBJETIVOS

2.1. *Objetivo General.*

Explicar qué factores determinan la validez del testamento vital, como ejercicio del derecho humano a la eutanasia.

2.2. *Objetivos Específicos.*

- Determinar los supuestos de validez del testamento vital
- Determinar la naturaleza jurídica de la eutanasia como derecho humano.



CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1. Los Derechos Humanos

1.1. Definiciones Institucionales

Según el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, estos derechos, vendrían a ser aquellos indispensables que tienen todos los seres humanos para poder cumplir su plan de vida dignamente y libre. (MINJUS, 2013, p.14)

El ACNUR, que es la Agencia de la ONU para los refugiados, un organismo especializado de las Naciones Unidas, los define como, derechos universales que “son inherentes al ser humano y no están garantizados por ningún Estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales —el derecho a la vida— hasta los que dan valor a nuestra vida, como los derechos a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la salud y a la libertad.” (ACNUR, 2022)

En estas definiciones institucionales, es claro que se puntualiza que los derechos humanos, (en adelante DDHH), son o existen, independientemente del reconocimiento por los Estados y que son inherentes a todos los seres humanos, por el simple hecho de ser tales, independientemente de circunstancias particulares, como el lugar de nacimiento, la situación social, el origen étnico u otros.

Además, en estas definiciones, se hace referencia a derechos muy fundamentales como la vida, pero no se refiere a cualquier vida, sino a una vida en dignidad, donde se verán implicados otros derechos, también universales, que le darán valor; dentro de los cuales, claramente se encuentran el derecho a la libertad y a la salud, que tienen implicancia directa con el derecho a la elección de una muerte digna. Lo que será sustentado en el desarrollo de esta investigación.

1.2. Definiciones Doctrinales

Una definición integral de los DDHH, nos la brinda Isidro Montiel y Duarte, que afirmaba que, los derechos del hombre son “todos aquellos que en esta calidad necesita para llenar las condiciones de su desarrollo físico, moral, doméstico y social, y que le son tan inherentes, que atacarlos, es atacar la conservación física o moral del hombre en el terreno doméstico, social o político”. (Montiel y Duarte, como se citó en Ovalle Fabela, 2016, p.152 -153)

Así también consideramos la definición que nos brinda Camargo: “Los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente todas las personas por existir. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros y varían desde los más fundamentales — el derecho a la vida y a una muerte digna— hasta los que dan valor a la salud y a la libertad.” (Camargo, 2020)

Las definiciones doctrinales sobre los DDHH, no se alejan de las definiciones institucionales, en tanto estas últimas, al igual que las primeras, coinciden en que los DDHH, son aquellos derechos que tiene todo ser humano, toda persona, por el simple hecho de existir, por “ser” humano, y por ende, dichos derechos, nos son inherentes a cada uno de nosotros, lo que le resalta la cualidad de “universales”. Pero vale señalar que además de estas coincidencias entre las definiciones institucionales y doctrinales acerca de los derechos humanos, se tiene la característica propia de las definiciones doctrinales, en las que se pone de manifiesto que los DDHH, son todos aquellos, que se necesitan para lograr la conservación integral del hombre como tal, sea física, psicológica o moral; así, en el caso de Isidoro Montiel y Duarte, citado por Ovalle Fabela, podemos interpretar que esta conservación integral se concretiza en cada ámbito en que el hombre se desenvuelve y/o se desarrolla, esto es, el ámbito doméstico, social, religioso, educativo, político, etc.; y que, el atacar los DDHH, es atacar la propia conservación del hombre, la propia existencia. De ahí que, debe entenderse que el respeto a los DDHH garantiza el libre desarrollo y manifestación del hombre.

Y Camargo, no menos importante, realiza un aporte en torno a una característica poco tratada de los DDHH, esto es, la característica de la intensidad,

además, otro de sus importantes aportes es el reconocimiento expreso de la vida y la muerte digna, como los derechos más fundamentales -o más intensos-.

A fin de no generar confusión, aclararemos la diferencia entre DDHH y Derechos Fundamentales, conforme señala Castillo, (2005, como se citó en Rubio 2010); que los DDHH son “ (...) una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos” y la segunda expresión, derechos fundamentales, “estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas -la Constitución- y que gozan de una tutela jurídica reforzada.(p.18).

Ambos, son derechos del hombre, la diferencia está en el nivel del reconocimiento; esto es, el uso de la expresión “Derechos Humanos”, para referirnos a los derechos del hombre recogidos en instrumentos en el ámbito internacional; y la expresión “Derechos Fundamentales”, para referirnos a aquellos derechos del hombre, que estando o no recogidos en instrumentos internacionales; son recogidos en el ordenamiento interno de un país, ciudad Estado u otro que tenga ordenamiento interno.

1.3. Algunas Consideraciones

Además, debe considerarse que; en torno a los derechos humanos ha existido un proceso sociohistórico, donde el humanismo juega un papel emancipador:

Guadarrama (2015), nos llama la atención en torno al estudio de la evolución histórica de la filosofía política latinoamericana, que nos compete, en cuanto a “las mejores formas de vida democrática y de consolidación de los derechos humanos”; indicándonos que este estudio, debe contribuir notoriamente, a que podamos comprender mejor, el humanismo práctico, sus formas y particularidades en nuestro ámbito latinoamericano; pero además, debe contribuir a revalorizar el papel emancipador del humanismo y sus ideas prácticas en la escala mundial.

El primer documento legal, a través del cual, se logra la protección universal

de los derechos humanos, es la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Es así que en sus treinta artículos se plasman los principios y los bloques de las convenciones de derechos humanos, tratados y otros instrumentos jurídicos actuales y futuros.

Camargo (2020) nos indica que es deber de los derechos humanos, guiar el manejo en la pandemia por COVID 19, en especial en el ámbito de la asistencia sanitaria; esto con el fin de proteger la dignidad, la calidad de vida y el bienestar del paciente.

En esta última afirmación, resaltamos el rol de los DDHH, en el contexto de pandemia, donde se mostró al mundo las deficientes políticas de salud en los países del margen latinoamericano, esto es, el desastre de las políticas sanitarias, en el cual por centenas de años nos hemos venido hundiendo; además de las carencias económicas de los pacientes, en su mayoría; y otros cuyo número no es de menor importancia, que ni siquiera tienen acceso a los centros de salud, por vivir en zonas alejadas, a donde no llega la prestación-obligación del Estado, y cuyas calidades de alimentación, sumadas a la precariedad de su calidad de vida; los colocan en un caldo de cultivo para cualquier enfermedad. Es precisamente, en este fragmento, que se pone de relieve el estado de salud de los pacientes, ligado a la dignidad y derechos de los pacientes; donde se operativiza la necesidad de los DDHH, pues éstos, deben cumplir un rol activo no solo de ayuda, sino de guía, de sendero, para a su vez, ser el escudo protector de la dignidad, calidad de vida y bienestar del paciente. La afirmación de Camargo, que es incentivada por el contexto de la pandemia; en realidad pone de relieve el bienestar del paciente, que necesariamente tiene que ir de la mano con la optimización de su calidad de vida y protección de su dignidad; esto al parecer debiera ser algo indesligable, entrelazado, donde uno, no debiera ser sin el otro. Así los tres aspectos van intrincados, de tal manera que no es posible concebir el bienestar del paciente sin los otros dos, que son la protección de su dignidad y su calidad de vida.

Entonces, la protección de la dignidad del paciente constituye procurar su bienestar a través de una adecuada calidad de vida.

1.4. Clasificación por Generaciones de los Derechos Humanos

Lo cierto es que después de los horrores que nos trajo la segunda guerra mundial, se generan organismos internacionales, en pro de la paz y la vida, y que, con el devenir del tiempo, el paso de la historia y la sangre de muchos hombres, se han ido incorporando distintos derechos, a los denominados derechos humanos.

La vorágine humana, es el motor que empuja, jala o arrastra la historia para que ésta cambie, y es esa vorágine la que ha ido forjando los derechos humanos a lo largo de la historia; por lo que hoy se puede hablar de derechos humanos de generaciones, así se tiene:

Nino (2007) opinaría que los derechos humanos son unos de los mayores inventos de la civilización, y sin lugar a dudas, como bien hace notar Nino, el reconocimiento de los Derechos Humanos, constituye un hito histórico, el de la evolución de la humanidad civilizada; y es este reconocimiento, el que posiciona al hombre como individuo universal, esto es, que cada hombre *sui generis*, único e irreplicable, del estrato social que fuere, con las características más distantes o parecidas, pero siempre individuales, es, sin embargo, poseedor de derechos universales.

Claro está, que la realidad y la historia, nos demuestran que los derechos humanos, no solamente son aquellos que se encuentran consagrados en la Declaración Universal, sino que se van ganando a través de luchas, y van naciendo conforme evolucionan las necesidades sociales, políticas o culturales, a lo largo del tiempo.

Producto de este proceso social, histórico y jurídico es que emerge la clasificación en “generaciones” de los DDHH. Es pretensioso que, frente a la complejidad del proceso mismo del reconocimiento e incorporación de los DDHH, quiera sostenerse una sola versión de los mismos; pues, no hay consenso en determinar cuántas y cuáles son las generaciones de los DDHH; sin embargo, existe más o menos un consenso en cuanto a los DDHH de primera, segunda y tercera generación, pero, ¿Esto acaba ahí, o hay más? No acaba ahí, y conforme avanza la

civilización, surgen otras generaciones de derechos, porque como se ha señalado, hay más, pues encontraremos clasificaciones de cuatro, cinco y hasta seis generaciones de los Derechos Humanos.

Estamos, en definitiva, ante diversos intentos de sistematizar un proceso continuo de desarrollo de los derechos humanos, habitualmente unido a un crecimiento de su catálogo escrito. Por lo que hoy en día, existe un reconocimiento desde tres generaciones de DDHH, hasta seis generaciones, según algunos autores. Por eso cada declaración de derechos, entre pactos, tratados y otros; o cada texto constitucional, u otro texto de legislación interna, que ha incorporado un catálogo escrito de los mismos; se vincula con una época o contexto histórico-social determinado, que es el que permite entender las dimensiones y el alcance de los derechos enumerados.

Díaz Revorio (2009), nos señala que, debido a esto, es que es imprescindible una adaptación interpretativa; cuando el texto constitucional se encuentre por un largo periodo de tiempo sin ser reformado, resulta imprescindible una adaptación interpretativa del mismo; esta adaptación debe incorporar, aunque fuese por vía jurisprudencial, los reclamados nuevos derechos, nuevos porque el devenir y el paso del tiempo hace necesaria su garantía.

Es más, el proceso sociohistórico nos demuestra, que en la práctica, la regla, es que se tengan que realizar las interpretaciones sistemáticas, conforme al contexto del momento y al respeto de la dignidad del ser humano, la calidad de vida y otros principios, con los que los órganos judiciales y/o constitucionales, van generando jurisprudencia; incorporando o reconociendo nuevos derechos, que luego son recogidos y reconocidos a través de las legislaciones internas; máxime si como el caso de nuestro país, Perú, se tiene una constitución de 1979, la cual ha sido reemplazada después de 14 años, en 1993, por una constitución producto de un golpe de Estado; que hasta la fecha, 2022, solo se ha logrado el reconocimiento expreso de pocos y contados nuevos derechos, conforme al avance tecnológico, la escasez de recursos y al propio contexto socioeconómico. Por ejemplo, el derecho al agua, establecido mediante la Ley de Reforma Constitucional, que Reconoce el Derecho de Acceso al Agua como Derecho Constitucional, Ley 30588; a través de la

incorporación del artículo 7-A, a la Constitución Política del Perú,

En todos los países, o estados, el catálogo de los DDHH, ha quedado corto, por lo que se ha tenido que aumentar la lista, realizando la adaptación interpretativa para incorporar los DDHH, aunque muchas veces, esta adaptación interpretativa, se realice a través de la jurisprudencia y no por legislación de leyes; de tal forma que el proceso del reconocimiento de los DDHH, comúnmente, es por reconocimiento jurisprudencial y después por reconocimiento taxativo, a través de un dispositivo normativo o de una ley especial, entre otros.

Es precisamente por estos considerandos que los doctrinarios, han venido a clasificar a los DDHH, por generaciones. Así tenemos la clasificación y sistematización que nos ofrece Pérez Luño (2006), quien señala que la característica generacional de los DDHH, se da porque estos van cambiando, conforme han aparecido nuevas necesidades, y que constituyen una especie de cláusula abierta e inacabada.

1.4.1. Según Pérez Luño (2006):

- Los denominados derechos de primera generación, son aquellos DDHH que tienen como eje, el principio de libertad y son los primeros DDHH reconocidos.
- Los DDHH de segunda generación, son aquellos que tienen como eje a la igualdad, y, por último,
- Los llamados derechos de tercera generación, son aquellos que emergen de nuevos derechos; como el derecho a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática.

Pérez precisa que esta clasificación, no cierra el catálogo, por lo que los nuevos derechos, que aparezcan, han de ser reconocidos por las legislaciones, en el ámbito judicial o jurisprudencial. Por ejemplo, La Naciones Unidas, mediante resolución N°64/292, reconocen el derecho humano al agua y al saneamiento; esto atendiendo a la escasez y necesidad de los mismos.

1.4.2. Sin Embargo, Díaz Revorio (2009), sin alejarse de la idea de la

cláusula abierta, o *numerus apertus*; de Pérez Luño; a diferencia de éste, señala cinco generaciones de derechos, los cuales por un tema de sistematización los he subtitulado con denominaciones ordinales ascendentes:

- **Derechos de Primera Generación.** Los derechos de libertad (o libertades), que son aquellos que, basados en las ideas de Locke de vida [sic], libertad y propiedad, recogieron las primeras declaraciones de derechos de la época contemporánea y resultaron ser casi exclusivos en todo el constitucionalismo del siglo XIX. Díaz Revorio, coincide con Pérez Luño, en el hecho de señalar que son los primeros derechos y están basados en la libertad o las libertades; pero nos brinda el dato de que se basan en tres ideas de Locke, que serían la idea de vida, de libertad y de propiedad.
- **Derechos de Segunda Generación.** Aquí se ubican los derechos de participación política y su universalización. Gracias a ello se logró la extensión efectiva del sufragio, esto se refiere a que la participación política incluía, hombres y mujeres; sean de raza o condición de cualquier tipo. Este fenómeno se genera en el siglo XX, y por su trascendencia tuvo repercusión en las constituciones.
- **Derechos de Tercera Generación.** En esta generación se ubican a los derechos sociales, que se vinculan con la idea de “Estado social” y es, hasta ahora, la generación, cuyo catálogo es más amplio. Es un proceso que inicia en las constituciones de México (1917) y Weimar (1919), y llega hasta las posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Dentro de esta generación, están los derechos laborales (como son la, sindicación, huelga condiciones dignas de trabajo, etc.), educativos, sanitarios, la seguridad social, entre otros similares.
- **Derechos de Cuarta Generación.** Estos derechos están relacionados con la protección medio ambiental y la calidad de vida, y se empiezan a manifestar en las constituciones de la década de 1970 (en la portuguesa de 1976, y la española 1978). Así dentro de esta generación se contemplan los derechos, como el derecho al medio ambiente, al ocio, a la cultura, a la educación física y el deporte.
- **Derechos de Quinta Generación.** La última generación de derechos

humanos, es aquella que está relacionada con los más recientes avances científicos y tecnológicos, y que en su mayor parte, son “derechos no escritos” en los sistemas europeos, dado que solo en los textos del final del siglo XX e inicios del presente, empiezan a encontrar reflejo escrito; dentro de estos derechos, se encuentran todos aquellos que tienen que ver con la identidad genética, el genoma humano, la integridad genética y la intimidad genética, el consentimiento informado, en todo lo relacionado con la salud, el acceso universal a las nuevas tecnologías, la protección de datos personales, la “intimidad informática”, entre otros. En las declaraciones internacionales específicas y en algunos estatutos de autonomía; empezamos a encontrar “escritos” estos derechos; sin embargo, la mayoría de estos derechos son todavía “innominados” en la mayor parte de los sistemas.

El derecho a la eutanasia, se ubicaría en esta generación de los DDHH, por cuanto el avance de la tecnología mantiene con vida a quienes ya tienen muerte cerebral, u otros cuyo corazón no puede latir por sí solo; entre muchos otros. Y estos son algunos casos, donde se pone en relevancia el derecho a la eutanasia, además de los consentimientos informados, testamentos vitales, directrices de apoyo, entre otros. Por lo que, si hemos de hablar de un derecho a la Eutanasia, este no ha sido reconocido de manera taxativa en todos los sistemas de las legislaciones internas de cada país o Estado; o es, en muchos países aún, como señala Diaz Revorio, un derecho innominado; sin embargo, este derecho ha venido ganando terreno y se va incorporando en las legislaciones internas de manera progresiva, lo cual será analizado de manera pormenorizada en otro capítulo.¹

1.5. Contenido y Fundamento de los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista doctrinario, y a entender de Nino (2007), son tres principios sobre los que descansan los DDHH; y estos principios son, en primer lugar, la voluntad del individuo que se sustenta en el Principio de Autonomía, que

¹ En el subtítulo de Jurisprudencia Comparada de la Eutanasia, se desarrollará específicamente cuál es el proceso que ha seguido o está siguiendo cada país o Estado, en torno al proceso del reconocimiento o problemática presentado ante la eutanasia, como un derecho humano.

consiste en la elección que tienen las personas de elegir su plan de vida y sus preferencias personales. En segundo lugar, el principio de inviolabilidad, que consiste en la prohibición de sacrificios y privaciones, que no le produzca beneficios, y que, además, esté en contra de su voluntad del individuo. Es decir, que es, cuando a una persona se le sacrifica para favorecer a otra o a un grupo de personas; por último, en tercer lugar, está, el principio de dignidad humana, por la que se entiende que los hombres deben ser tratados de acuerdo con su intención, decisión o manifestación de consentimiento.

Estos principios, son la base de los DDHH y, el principio de autonomía, nos da la idea de una elección de vida, que nos hace ser seres determinantes, en tanto, somos nosotros quienes decidimos cómo queremos nuestra vida, y qué queremos para ella, -conforme a nuestra configuración socioeconómica, histórica y personal-, con lo que se concretiza el principio referido. Así, la inviolabilidad, que es propia del iusnaturalismo, y que está recogida expresamente por las constituciones de Italia, Alemania y España; así es que, a través de este principio de inviolabilidad, se genera un escudo protector para el derecho del individuo; tal es así que no se puede impedir o restringir el derecho de una persona, contra su voluntad, si la contraposición del derecho que se le realiza no está justificada en su propio beneficio. Y, por último, tenemos al principio de la dignidad humana, que será desarrollada extensamente en líneas posteriores².

Lo que cabe resaltar de estos tres principios, es que en los tres, el núcleo sobre el cual giran ellos, es la voluntad, ya sea expresada como voluntad del individuo a través de la autonomía, que es la expresión de su plan de vida, -en el caso, implica incluso al plan de muerte-; voluntad expresada en forma de negación, por cuanto es no permitir que se impida o se vulnere su derecho, en contra de su voluntad, si este no acarrea mayores beneficios para el individuo, es no violar sus derechos, no se nos está permitido -a no ser que- lo beneficie, esto es el principio de inviolabilidad; y por último, la voluntad expresada a través de la dignidad; y aquí el autor nos señala algo importante que es que “(...) los hombres deben ser tratados

² Este principio de la dignidad, es desarrollado ampliamente en un subtítulo propio, donde se abordan, no solamente definiciones, sino algunas otras consideraciones, ligadas al tema tratado.

de acuerdo con su(...) decisión, o manifestación de consentimiento”, esto es la voluntad de aceptar uno y rechazar otro; de lo que fuera. Como se ve, seguimos girando sobre la voluntad.

Para Nino (2007) los DDHH podrían provenir de tres principios: El de autonomía personal, el de inviolabilidad y, finalmente, la dignidad de la persona; estos tres principios, constituyen la “base de una concepción liberal de la sociedad”. Nino deja en claro, que estos tres principios son la base y sustento, de los cuales emergerían los DDHH.

A la vez, todos ellos encuentran su fundamentación en los presupuestos o reglas que rigen el discurso moral (publicidad, generalidad, autonomía, universalidad, supervivencia, imparcialidad y finalidad). (Nino, 1992) Ahora bien, se debe tener en cuenta que, dentro de la teoría moral de Nino, esta engloba dos dimensiones, las cuales son: 1. La dimensión privada, es decir, los ideales de excelencia personal que supervisan las acciones de las personas, en tanto los efectos que se producen en la calidad de vida de la misma; y, 2. La dimensión social, es decir, principios que juzgan las acciones de las personas por sus efectos, pero en tanto los intereses de otros. Así, la autonomía moral es esa aceptación, inherentemente libre, de los principios morales, en ambas dimensiones.

Así, es precisamente el ámbito privado, el que menos se reconoce, cuando se analizan temas como el derecho a la muerte digna y/o a acceder a la eutanasia. Se olvida que la esfera privada del individuo, se ha visto seriamente afectada e invadida, pues los ideales de excelencia personal se han trastocado, por cuanto la calidad de vida ha deteriorado, y además se ha visto invadida, en cuanto son “los otros”³, los que deciden qué es mejor para el paciente o pariente, o justiciable de ser el caso.

Finalmente, teniendo en cuenta que Dworkin, (1995) “representante

³ Esta expresión: “los otros”, hace alusión a los familiares, amigos, enfermeras, doctores, comunidades religiosas u otros; que opinan e incluso intentan imponer una forma de pensar para aceptar o no cuidados paliativos y prolongar o no la vida del paciente. Sin importar realmente el paciente; sino las ideas de estos grupos, la moral religiosa, los prejuicios, estereotipos y otros.

destacado en la doctrina contemporánea, jurídica y dogmática, considera que el derecho no se encuentra constituido únicamente por normas, sino que también, y esencialmente, por principios”. (pp. 80-81), lo que se condice con el discurso de Atienza, que le otorga una cuarta función al derecho, que es la argumentativa, desde la cual se pretende llevar a cabo la presente investigación y que desarrollaremos en adelante.

1.6. Características de los Derechos Humanos

Las características de los Derechos humanos, tampoco son pacíficas; así en cada una de ellas se explica, el porqué de las mismas. Las características que hemos considerado, según lo investigado, son:

1.6.3. Universales. Gómez (1983), nos señala que, son reconocidos como derechos *erga omnes*, es decir que, estos derechos se imponen ante todos los hombres y contra todos los hombres, que quieran siquiera vulnerarlos. Esto quiere decir que el carácter universal de los DDHH, adquieren una doble acepción: son derechos que les corresponden a toda persona y al mismo tiempo, son derechos que se pueden oponer contra otros.

La ONU, señala que esta característica sería la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos.

1.6.4. Relativos. Si bien es cierto, la doctrina mayoritaria, considera la característica de la absolutez de los derechos humanos, y en palabras de Quiroga se tiene que los DDHH, son absolutos, por lo que:

“La doctrina mayoritaria los califica como derechos absolutos en sustancia, porque las reglamentaciones y limitaciones a su ejercicio no pueden suprimir la sustancia del derecho. Una limitación afecta el contenido esencial de un derecho cuando su titular queda convertido en mero objeto de la actividad estatal. Este carácter es una cualidad visualizada desde el punto de vista de quienes están obligados a no restringirlos suprimiendo su sustancia: es decir, El Estado.” (Quiroga, 1995, P.4, como se citó en Gómez, 1983, p. 85)

Si bien es cierto, esta característica que resalta Quiroga, se basa en el hecho de que ninguna reglamentación puede suprimir en sustancia el derecho humano; en lo cual estamos de acuerdo; sin embargo, cabe precisar que si bien es cierto, la sustancia del derecho humano, no se altera, lo que sí ocurre, más allá de la teoría, es que llegado un momento, cuando los derechos entran en conflicto, no se pueden optar por ambos, así si el titular de un derecho decide ejercerlo legítimamente, y este se enfrenta al titular de otro derecho que también lo está ejerciendo legítimamente; en el caso concreto se tendrá que preferir a un derecho sobre el otro. Así, la práctica nos ha demostrado, que los DDHH no son absolutos, por cuanto los derechos se confrontan entre ellos mismos y ceden ante ellos; ya sea por casos concretos, en circunstancias específicas, o por grave crisis institucional, como aquella que conlleva a declarar el estado de sitio, por ejemplo.

Cabe pues aquí desarrollar, lo que se ha considerado como la visión conflictivista de los Derechos Fundamentales, conforme a la cual, estos derechos son realidades que eventualmente entran en conflicto, y frente a esta situación la única solución viable es preferir a uno y reemplazar al otro.

Burga Coronel, (2012), indica que frente a este conflicto entre derechos, quienes asumen la visión conflictivista de los derechos fundamentales, “(...) proponen como criterios de solución la jerarquización y la ponderación de derechos.” (p. 254)

La postura conflictivista es criticada por Burga, porque considera que, la jerarquización como criterio para resolver el conflicto entre derechos fundamentales, es inidónea, por cuanto conlleva a aceptar la supremacía de un derecho sobre otro, y con ello nos obliga a establecer esa jerarquización que distingue entre derechos fundamentales comunes, supremos y/o de varias generaciones; lo cual según él, no es adecuado, porque cree que quienes defienden esta teoría, piensan que los criterios que definen la jerarquización, se configuran siempre. Si bien es cierto, que hemos hablado ya de la intensidad como característica de los derechos humanos, reconociendo que existen algunos derechos más intensos o importantes que otros; sin embargo, no es cierto que la característica de la relatividad de los derechos humanos, pretenda imponer un orden preestablecido a fin de dotar a los derechos, de un valor específico, cuasi matemático *prima facie*, para poder dar solución en tanto surja un conflicto entre ellos. Puesto que no es que se recurra a una tabla preestablecida dotada con pesos o valores matemáticos a los derechos; sino que frente a

circunstancias específicas y concretas han de analizarse, ponderarse o proporcionarse el valor de los derechos, por lo cual es indispensable, además, justificar con uso de la argumentación jurídica, como herramienta; la predominancia de un derecho sobre otro, en cada caso concreto,

Así, se tiene que, han surgido mecanismos para resolver estos casos, como ocurre en nuestro país, con la aplicación del test de ponderación, o proporcionalidad de Robert Alexy, que, además, como señala García Jaramillo (2015):

El contenido *prima facie* de un derecho fundamental, se determina al interpretar la disposición que lo consagra, pero en la solución de las tensiones entre derechos constitucionales es que se determina su contenido definitivo que, además, resulta vinculante para el legislador y los particulares. El resultado de la aplicación del derecho, es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso. En este punto radica la conexión entre la ponderación y la *ratio* vinculante de un precedente.

La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales, reside en que solo mediante la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en el que un derecho es afectado o en el que es importante su desarrollo o garantía. El principio de proporcionalidad, es una estructura vacía sin la argumentación. “Una ponderación sin argumentación sería irracional”, afirma Alexy.

Por estas circunstancias es que el autor de esta investigación, se posiciona en considerar que los derechos humanos son relativos; sin que esta relatividad signifique el cambio de la esencialidad de los derechos, sino que, cargados de su esencialidad, los derechos humanos y/o fundamentales -en la legislación interna-, se prefieren por sobre otros, en casos con circunstancias específicas de ejercicio y confrontación de derechos, donde se concretiza y completa su esencialidad.

1.6.5. Inalienables. La inalienabilidad, nos refiere la vinculación hacia quien ejerce su titularidad, esto debido a que, los derechos no deben perderse, así el titular renuncie a ellos. Sin embargo, Gómez considera, señala que la inalienabilidad de los derechos humanos es relativa, esto debido a que, la inalienabilidad, vale para los derechos

personales que no tengan contenido económico (los derechos patrimoniales). La inalienabilidad de los derechos humanos, supone la irrenunciabilidad como justificante, debido a que, si se renuncia a los derechos de carácter personal, significaría inferir un daño de gran tamaño al titular del derecho, conforme señala Gómez.

Así también se tiene que la ONU, frente a esta característica, señala que los Derechos Humanos: “No deberían suprimirse, a excepción de situaciones concretas y conforme a un procedimiento adecuado. Por ejemplo, el derecho a la libertad puede restringirse si una persona es declarada culpable de un delito por un tribunal de justicia.”

Así también, en referencia a esta característica de los DDHH y que presenta la fórmula “salvo que”, que básicamente sería la excepción a la norma, con lo cual se reafirma la relatividad de esta característica; se desarrollará con respecto al derecho a la vida, donde las legislaciones nacionales e internacionales prevén los casos o circunstancias de lo que Rubio Correa llamaría “las licencias de los arrebatos de la vida”, como es, por ejemplo, el caso de la legítima defensa.

1.6.6. Equitativo y no discriminatorio. Así con respecto a este punto la ONU, señala que el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (2015). La ausencia de discriminación, establecida en el artículo 2, es lo que garantiza esta igualdad.

Así, la no discriminación trasciende todo el derecho internacional de DDHH, por lo que este principio está presente en los principales tratados internacionales de DDHH y supone el tema central de dos de sus instrumentos fundamentales: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujeres, basándose en el trato igualitario y no discriminatorio a todas las personas.

1.6.7. Indivisibles e Interdependientes. Además de las tres características harto conocidas, el autor de la tesis considera importante tomar en cuenta, las

características de Indivisibilidad e interdependencia que plantea Camargo (2020), como parte importante de los resultados de su investigación, en la que señala: “Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, esto significa que no pueden disfrutarse plenamente si no están todos integrados. Por lo cual hay la obligación de respetarlos, protegerlos y cumplirlos. La dimensión social de la persona se relacionó con calidad de vida, ciclo vital, esperanza de vida y su valor social. (P. 1)

Así también en la página oficial de la ONU, se puede encontrar esta característica sobre los derechos humanos, en los siguientes términos: “(...) un conjunto de derechos no puede disfrutarse plenamente sin los otros. Por ejemplo, avanzar en los derechos civiles y políticos facilita el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. De igual modo, la violación de los derechos económicos, sociales y culturales puede redundar negativamente en muchos otros derechos.”

Esta característica de los DDHH, planteada de esta manera, nos hace significar el por qué el derecho a la vida, nos conlleva a suponer un derecho a la muerte digna. Claro está, teniendo en cuenta la propia definición de DDHH, en torno a, no cualquier vida, sino, una vida en dignidad y garantizada u optimizada por los principios y otros derechos también humanos, como el derecho a la libertad y a la salud.

1.6.8. Intensos. Camargo (2020), en un tema de especificidad, en su definición de los DDHH, señala que existen derechos “desde los más fundamentales”, brindándonos, lo que sería otra característica de los DDHH, que es la intensidad, hay, entonces derechos más intensos que otros; pero además señala algo que es de suma importancia para esta investigación, que es el hecho de reconocer dentro de los derechos más intensos, o más fundamentales -en sus palabras-, al derecho a la vida, y junto a ella, el derecho a una muerte digna.

Así, el diccionario de la RAE, señala que la intensidad es el grado de fuerza o energía con que se realiza una acción o se manifiesta un fenómeno, un sentimiento, etc. Con lo que se tiene que, conforme esta característica, algunos derechos se manifiestan con mayor fuerza que otros.

1.7. *Naturaleza de los Derechos Humanos.*

El posicionamiento de este capítulo, casi al final del desarrollo de los conceptos, características y otros con respecto a los DDHH, obedece a que, es recién conociendo todos esos aspectos de los DDHH, que podremos comprender el problema de la naturaleza de los mismos.

Prima facie, no hay duda de que, cuando hablamos de estos derechos nos referimos a los contenidos en la Declaración Universal de los DDHH y aquellos que han sido reconocidos a través de las legislaciones internas, -los derechos fundamentales-. Sin embargo, esto no es tan cierto, pues, por un lado, no es necesario que un derecho humano sea “derecho” sólo si está reconocido en forma expresa por un Estado, tal y como consta en la definición que el ACNUR, nos brinda sobre los DDHH; y, seguidamente, conforme evoluciona la civilización, cada vez aparecen nuevos derechos por lo que hoy podemos hablar de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, e incluso algunos autores definen ya DDHH, de cuarta, quinta e incluso hasta de sexta generación; con lo que queda claro que cada vez aparecen nuevos derechos, aunque una de las características comunes, -aunque con ciertas excepciones-, de estos últimos y nuevos derechos; es que inicialmente, no estaban reconocidos nominalmente, o taxativamente ni en el derecho internacional (tratados, pactos y otros), ni en las legislaciones internas. Y su reconocimiento inicial se da a través de la jurisprudencia, para luego, en algunos casos, ser positivizados.

Nino (2007) opinaría que los derechos humanos son unos de los mayores inventos de la civilización. (p.1) Al referirse a los mayores inventos, consideramos que lo que para Nino es claro, es que los DDHH, no son de creación divina, natural o sobrenatural; sino que son un producto elaborado por los hombres, en el desarrollo de la civilización; así tenemos que en palabras de Atienza (2018):

Como escribió Carlos Nino, los derechos humanos constituyen una de las grandes invenciones de la modernidad. Dicho de otra manera, los derechos humanos no tienen nada de naturales (aunque hayan sido concebidos en un comienzo como derechos “naturales” del hombre), sino que son un artificio, una creación humana.

Los derechos humanos no existen desde siempre, sino desde que surgen en la modernidad y conectados con fenómenos tales como la aparición del capitalismo, el Estado moderno y la ideología del individualismo; a ello se suma Atienza: “(...) los derechos humanos, no tienen nada de naturales, en el sentido de que no forman parte del mundo de la naturaleza, sino de la cultura. No obedecen pues, ni a leyes físicas, ni biológicas, sino que son creaciones humanas (...)”

Por la propia evolución -o involución-, de la civilización, se tiene que la aparición de los DDHH, es progresiva y constante; así, han surgido dos teorías frente a la naturaleza de los mismos, no siendo nada pacífico determinar su naturaleza. Nino, entendería que existen dos fundamentaciones acerca de la naturaleza de estos derechos. Hay un fuerte sector que preconiza su naturaleza iusnaturalista en tanto tienen un origen ético y moral y son anteriores a su reconocimiento por las legislaciones. Y, por otro lado, la concepción positivista que afirma que éstos son de naturaleza jurídica, que sólo son efectivos cuando tienen ese reconocimiento primordialmente en un texto legal, y no provendrían de principios o moral alguna, sino, que es creación humana, a través de la capacidad legislativa de los Estados. De esta manera sólo serían derechos humanos aquellos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y aquellos que cada país reconozca en su legislación interna.

A pesar de que se asuma una u otra postura en torno a la naturaleza de los DDHH; un hecho real, es el que marca la efectividad de los DDHH, ya que estos sólo serán efectivos (en cuanto al reclamo del ejercicio del derecho y no vulneración del mismo); en tanto y en cuanto, sean reconocidos directa o indirectamente por los Estados; esto es en cuanto sean reconocidos a través de la jurisprudencia, en sus legislaciones internas o los Estados formen parte de tratados internacionales que protejan dichos derechos. De otra forma, por muy natural, inherente e inalienable que sean estos derechos, su evocación no tendría sentido si el Estado no lo cautela. Así, partimos del hecho innegable de que los DDHH, enumerados en la Declaración Universal; no son los únicos, pues éstos implican y/o presuponen otros.

De esta forma es que, en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, en

su art.3, que trata sobre los Derechos Constitucionales. *Numerus apertus*, indica:

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.

Esto es de relevancia, por cuanto, en el caso que nos atañe, no existiría expresamente un derecho humano “positivo” a la eutanasia (consecuentemente el derecho que tenemos de disponer de nuestras vidas, en una situación determinada por el sufrimiento o padecimiento), ni en la citada Declaración Universal ni en la legislación nacional. Lo que sí existe en nuestra legislación nacional, y en nuestra Carta Magna específicamente, es este tercer artículo a través del cual se brinda el fundamento y criterio del *numerus apertus* por cuanto nos deja abierta la posibilidad de incorporación de otros derechos, que ya estarían garantizados por la constitución en tanto y en cuanto, a pesar de no estar nominados, se entiende que son derechos fundamentales; así, en el caso que nos ocupa, la eutanasia, sería un derecho fundamental innominado que está fundado en la dignidad del hombre.

Sin embargo, también debemos referir que, en nuestro Código Penal, de manera taxativa, se contempla la declaración prohibitiva y expresa de aplicarse la eutanasia, ya que las circunstancias necesarias para su aplicación, constituirían los elementos del tipo del delito denominado como homicidio piadoso, previsto y sancionado en el Art. 112 del CP. Por lo que un posicionamiento positivista, nos llevaría a sostener la prohibición taxativa de la eutanasia y nos deja sin posibilidad de defensa de la misma. Sin embargo, tampoco creemos que la solución sea posicionarnos por el iusnaturalismo, por su origen ético o moral, pero sobre todo por su no necesidad de reconocimiento por los Estados, ya que preexistiría a los mismos; porque, esto último no resolvería el problema, pues nos encerraríamos en una nube teórica difícil de sostener para su aplicación y defensa en los casos prácticos, porque la fundamentación sería parcial.

Frente a esto, sobre la base de las posiciones frente a la naturaleza del

derecho y los DDHH, de Santiago Nino, Manuel Atienza y Ronald Dworkin, que consideran al derecho no como creación divina, pero tampoco sólo como creación positiva; sino como creación sobre la base de principios que preexisten al reconocimiento positivo de los mismos; es que, consideramos que esta es la mejor posición en torno a la naturaleza de los derechos y en particular de los DDHH; por lo que en la presente investigación, lo que planteo es que sobre la base del reconocimiento de la eutanasia como un derecho humano contenido en el art. 3 de nuestra constitución, como derecho innominado, cuyo fundamento es la dignidad humana, tal como viene ocurriendo en otros países; con lo que se le reconoce como un derecho fundamental; y debe crearse una ley especial que regule los supuestos en los cuales ésta puede aplicarse. Sin embargo y a pesar de no existir aun el reconocimiento taxativo en nuestra legislación, y ser un hecho controvertido, por cuanto existe un dispositivo que sanciona penalmente a quien mate a otro por piedad; un hecho imposible de negar, es que en otras legislaciones, la eutanasia, ha sido reconocida como un derecho humano y atendiendo a la característica de universalidad; este debe ser *erga omnes*; yendo incluso un poco más allá, postulamos una interpretación extensiva, en favor de la optimización y protección del contenido esencial de otros derechos conexos con la eutanasia, como son - reconocida como el derecho más fundamental de todos-, el derecho a la vida y otros tan intensos como el derecho a la salud, a la integridad física, psíquica y moral; a la libertad; entre otros un poco menos intensos, pero necesarios en el análisis del derecho a la eutanasia.

Entonces aquí lo que cabe, es el derecho humano a la vida y a algunos principios como; el principio de la autonomía, la dignidad y la igualdad; que a su vez, son un conjunto de manifestaciones que implican otros derechos, distintos a los reconocidos taxativamente; pero amparados en ellos, como -considero- sería el derecho a la eutanasia, el mismo que será sustentado en el acápite referido a la eutanasia.

1.8. Teoría de la Argumentación de Manuel Atienza.

Para poder abordar adecuadamente estos temas, nos hacemos de una metodología argumental planteada por Manuel Atienza (2005), quien, a raíz de una crítica realizada a

cada una de las teorías de la argumentación jurídica, ha intentado superarlas destacando lo mejor de ellas; así tenemos que, él señala que el Derecho es un fenómeno complejo que puede ser abordado desde diferentes enfoques, de los cuales se reconocen tres, que son: (i) el enfoque estructural, que es eminentemente normativo-jurídico, por cuanto lo que importa es una descripción de lo que hay, de la norma, los dispositivos, etc.; pero no interesa compararla con otra norma o crear otra; después se tiene (ii) el enfoque sociológico, que asume al derecho como realidad social, como comportamiento humano, importando aquí la funcionalidad del Derecho; y finalmente se tiene el enfoque valorativo, cuyo fin es mostrar el deber ser del Derecho.

Frente a estos enfoques tradicionales, Atienza plantea, el desarrollo de un cuarto enfoque, el que sería una herramienta o técnica para la solución de problemas prácticos, que como él señala “Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza, y en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas, y que conduce en definitiva, a considerar el Derecho como Argumentación.” (2009. pp. 251- 252).

Es así que desde su óptica postpositivista, plantea una teoría para resolver los problemas de vacíos o lagunas en el derecho, que algunos llaman también zonas de penumbra u oscuridad. Él considera, que la función del juez, no es únicamente aplicar la norma constitucional o legislativa; así afirma que esta premisa, es propia del positivismo normativo o Neoconstitucionalismo y que, en realidad, no resolvería los problemas que suceden en la realidad social. Tal es el caso de análisis, que como sabemos, la eutanasia está prohibida expresamente en nuestro país, por lo que, para el positivismo o neoconstitucionalismo, la eutanasia no implica ningún derecho, ni mucho menos uno de carácter fundamental.

En razón a que el positivismo no puede resolver este tipo de lagunas, Atienza propone una vía distinta a un enfoque iusnaturalista o positivista, que denomina teoría de la argumentación; pues, el problema del que adolecen estas teorías -iusnaturalismo y positivismo-, es precisamente, la falta de argumentación.

En su texto *Argumentación Constitucional, Teoría y Práctica*, Atienza (2011) precisa:

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas. (19)

Queda claro entonces que Atienza releva la actividad de la argumentación, que consiste en dar razones para sustentar alguna tesis, razones que han de enfrentarse a su antítesis. Por lo que, en el desarrollo de esta investigación, lo que se está haciendo, precisamente es dar razones, inicialmente parciales sobre cada una de los tópicos abordados, sin que estos desconecten del todo, estando enlazados por el hilo argumental en torno a la fundamentación de la eutanasia como derecho humano y del testamento vital como instrumento idóneo para perpetuación de la voluntad del otorgante.

Este (iv) enfoque argumentativo del Derecho, implica participar activamente en la construcción del Derecho y sentirnos comprometidos con dicha tarea, por lo que en la presente investigación, precisamente adoptamos este enfoque en tanto somos parte de la construcción del Derecho, en el caso concreto del derecho a la eutanasia y a manifestarlo a través del testamento vital; es así que Atienza señala que partimos del hecho de que la sociedad hace frente a conflictos individuales, que para ser resueltos requieren de instrumentos jurídicos, como el que se ofrece en este punto, que es la argumentación jurídica.

Manuel Atienza, además reconoce la capacidad de intervención de la argumentación en distintas etapas del conflicto, por lo que, una primera etapa de intervención sería (a) la instancia legislativa, en la que de por sí no hay aceptación pacífica, del endurecimiento de leyes o creación de las mismas; como, por ejemplo, se dio en el caso del Perú con respecto al delito contemplado en el art. 122-B, del CP, agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar; lo que exige dar razones a favor o en contra al respecto. Sin embargo, no basta la intervención de la argumentación en este plano, por cuanto a pesar de que existen cuestiones legislativas que puedan considerarse debidamente justificadas, sin embargo la aplicación del dispositivo normativo, en el caso concreto despierta otros conflictos, que necesariamente deben hacer uso de la interpretación; por lo que el segundo estadio de intervención del Derecho como argumentación es (b) la jurisdicción, en la que los jueces son los encargados de motivar sus decisiones, dar sus razones para justificar su decisión en términos jurídicos; qué duda cabe que es una labor necesaria de argumentación

jurídica, enfrentada a un caso concreto. Sin embargo, esto no es todo, por cuanto por ser el Derecho un fenómeno complejo, es que este presenta situaciones diversas, donde como tercer punto se tiene a (c) Los abogados, quienes tienen que argumentar, dar razones, para persuadir o convencer al juez, para sustentar su teoría del caso, para explicar a sus clientes, porqué opta por esta estrategia de defensa y no por la otra; para argumentar el por qué en este caso concreto, debe aplicarse esta ley, o esta excepción y no otra ley; en fin.

Cabe decir que, al ser la argumentación una herramienta, esta no se basta sola, sino que requiere de otras cuestiones como son la dogmática jurídica y la técnica legislativa que mantienen una estrecha conexión con la argumentación; ya que éstas dos primeras suministran argumentos para la labor realizada; pero además Atienza nos llama la atención en el hecho de que no basta con ello; sino que cabe precisar que requerimos de otra herramienta indispensable para poder posicionarnos con fundamento en torno a nuestra argumentación, una herramienta que nos permita aclarar los conceptos como es la Filosofía del Derecho.

La argumentación de Atienza tiene tres elementos: **La primera**, se refiere a la idea de que en el derecho siempre debemos argumentar sobre hechos reales y no exclusivamente sobre normas dándosele importancia al tema social. **La segunda**, debemos tener en cuenta el ámbito de la producción del derecho, es decir, no solo la parte dogmática o de aplicabilidad del derecho, sino también los criterios del juez y de los legisladores. Ello implica a su vez tres racionalidades argumentativas: lingüística, en el sentido que el creador de la ley y el destinatario puedan entender perfectamente lo normado; teleológica, que la norma cumpla los fines sociales; y, ética, que la norma tenga contenido ético. **La tercera** se refiere a que la argumentación resuelve problemas jurídicos en base a la negociación o mediación; y, en **cuarto lugar**, la argumentación no es únicamente prescriptiva sino también descriptiva. (pp. 204-207).

1.9. Derechos Humanos Conexos con el Derecho a la Eutanasia

1.9.1. Derecho a la Vida.

1.9.1.1. Definiciones de la Vida. El Diccionario de la Lengua Española define la vida como:

“Estado de actividad de los seres orgánicos”; el Diccionario Cabanellas la define así:

“La manifestación y la actividad del ser”, “Estado de funcionamiento orgánico de los seres”; y el Diccionario Jurídico Flores Polo, al respecto señala lo siguiente: “Manifestación y actividad del ser. Tiempo que transcurre desde que el sujeto nace hasta que muere” (Gómez, 2008, p. 98)

La definición de la vida, parece reducirse a una definición biológica y siendo así se reduce al hecho que señalan los autores arriba anotados, que es el transcurso de la existencia desde que se nace hasta que se muere; sin embargo, no basta con ello, para tratar el tema que abordamos en esta investigación, ya que hablamos de algo más, de una vida que va más allá de un existir al modo material; esto es la vida humana y sobre ello abundan los filósofos en definiciones.

El derecho a la vida, no solo protege el conjunto de funciones vitales del ser humano (de ser así se habría establecido un derecho sin sustento en la dignidad misma), sino protege también el derecho a vivir de la persona, identificándose el vivir con el realizar un proyecto de vida de acuerdo con las propias valoraciones, razones y decisiones. En este sentido, expresa Fernández Sessarego que: “Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser (...)”, agrega ideas que: “La vida, resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto” (Gómez, 2008, p. 98)

García Toma, señala que la vida es: “aquel lapso que transcurre en el ser humano desde su concepción natural o por medio de técnicas de reproducción asistida hasta su deceso o muerte. Ella consiste en la manifestación y la actividad del ser” (García, 2008, como se citó en Rubio, 2010, pp.82 y 83) A lo que Rubio, señala:

La vida no es sino el fluir de los propios hechos del ente viviente, que son de él, porque los genera por sí mismo en la realidad. La vida es autosostener nuestros propios hechos. Cuando dejamos de producir aún los hechos más elementales, como el crecer de nuestros propios tejidos o nuestros propios movimientos, la vida ha cesado.

Aquí surge la pregunta: ¿Qué ocurre si una persona no puede autosostener sus propios hechos?, ¿Qué ocurre si dejamos de producir nuestros propios movimientos? aunque respire, caso de los parapléjicos, o los que quedan con muerte cerebral, por ejemplo; sin lugar a dudas esta definición de vida nos trae a la mente la popular frase “Esta vida, ya no es vida”; y es

precisamente ahí donde queda evaluar si vale la pena vivir, en esas circunstancias, si esa vida, sigue siendo vida, para un ser humano, si lo mantiene o no, en su dignidad de ser humano, de hombre.⁴

Gómez, concibe el derecho a la vida contraponiendo la protección del individuo al Estado y al igual que Rubio, señalan que la idea es que, la vida no le puede ser arrebatada a nadie “arbitrariamente”. Así Gómez (2008), señala:

De esta manera, el derecho a la vida se consagra fundamentalmente como una protección del individuo frente a los demás, históricamente frente al Estado, para que no se le arrebatase la vida, por lo menos no arbitrariamente, dado que todavía subsiste la pena de muerte; y de ninguna manera, como una obligación de la persona a vivir aun en contra de su voluntad o como la negación de la posibilidad del ser humano de determinar el momento y las circunstancias de su propia muerte, decimos momento y circunstancias, ya que esta de todas maneras va suceder. (p. 100)

Es además importante la afirmación que realiza Rubio Correa en torno a la arbitrariedad del arrebato de la vida, localizando las licencias a través de las cuales sí está permitido arrebatarla, así se tiene que Rubio (2010), señala:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, lo que quiere decir que no puede ser muerto arbitrariamente. Esta última afirmación es muy importante porque hay ciertas circunstancias en las cuales se concede, ética y jurídicamente, que la muerte de un ser humano sea producida por otro ser humano⁵. (p.83)

Si bien es cierto Marcial Rubio Correa comparte la doctrina católica, lo que le impide aceptar el pedido de muerte, aunque esta sea por piedad; consideramos que esta postura es más por doctrina religiosa, que por convencimiento ético-jurídico; sin embargo es él mismo, quien a pesar de negar la aceptación de la eutanasia, nos brinda los fundamentos de los elementos jurídicos y éticos necesarios, para poder determinar la aceptación de la eutanasia, así por ejemplo, es él quien señala la existencia de “ciertas circunstancias” concedidas para

⁴ El término hombre a lo largo de esta investigación es usado en el sentido filosófico, como especie, no como género; por lo que dicho término abarca tanto al varón como a la mujer.

⁵ Estos casos en los cuales se habilita la producción de la muerte de un ser humano por otro ser humano, son por ejemplo la legítima defensa perfecta, consagrada en nuestro ordenamiento en el art. 20, inc. 3 del CP y en el art. 2°, inc. 23, de la Const. Y a nivel del Derecho Internacional, se tiene la como ejemplo, la pena de muerte.

que un ser humano produzca la muerte a otro ser humano; así mismo, en su concepto de vida, señala el autosostenimiento de nuestros propios hechos, y de cuestiones tan elementales como producir nuestros propios movimientos; pues en el análisis que desarrollamos, sostenemos que en los casos de enfermedades terminales o crónicas donde los padecimientos son sumamente dolorosos y denigrantes, y que muchas veces, se dirigen al ocaso de la vida sin autosostenimiento de los propios hechos y/o sin poder realizar sus propios movimientos; con lo que según la definición de Rubio Correa, la persona habría muerto, pero consideramos que la persona ha muerto, sin estar muerta.

1.9.1.2. En Documentos Internacionales. Las legislaciones internacionales han venido a proteger este derecho humano a la vida de la siguiente manera.

- En el Art. 3° de la Declaración Universal de los DDHH, se señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida, (...)” (2015);
- En el Art. 4° de la Convención Americana de los DDHH, se postula así: “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.⁶
- Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, en su artículo 6°
 1. 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. (1969)

Desde el numeral 2, al 7; se refiere al tratamiento de la pena de muerte.

⁶ En este artículo de la Convención Americana, se continúan otros numerales con respecto al derecho a la vida, pero referidos al tratamiento de la pena de muerte, que son:

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito.

Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

- El Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su Título I, Libertades y Derechos, Art. 2. Estipula: Derecho a la Vida.
 1. El derecho de toda persona a la vida, está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en 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. (1950)

Además, cabe resaltar que en el numeral 2 de este artículo⁷ se dan los supuestos en los cuales se puede atentar contra la vida de alguien, sin que este hecho, signifique infringir este derecho.

1.9.1.3. En Documentos Nacionales. En cuanto a los documentos nacionales que reconocen y protegen el derecho a la vida se tienen:

- La Constitución Política del Perú⁸, en el Título I, De la Persona y de la Sociedad; Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona,
 - Art. 1. “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”
 - Art. 2, inc. 1, señala que “toda persona tiene derecho”, numeral “1.A la vida (...)”⁹(1993)
- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada en el Perú por Resolución Legislativa 13228 del 29 de diciembre de 1959, describe el delito de genocidio de la siguiente manera:
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo II.

⁷ Que señala literalmente:

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

⁸ Aún vigente al momento de la elaboración de esta tesis.

⁹ Textualmente indica: Art. 2. Derechos Fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho

1. A la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

En la presente convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.” [sic] (1959)

A través de esta Convención, se verifica la preocupación del Estado peruano por proteger la vida y máxime si se trata de grupos de personas.

- En el Código Penal, se sancionan las conductas que atentan contra la vida, desde el Art. 106, que empieza con homicidio simple, pasando por los artículos: 107, Parricidio; 108, Homicidio calificado; 108-A, Homicidio Calificado por la condición de la víctima, 108-B.- Feminicidio, 108-C, Sicariato, 108-D, La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato; 109, Homicidio por emoción violenta; 110, Infanticidio; 111, Homicidio Culposo; 112.- Homicidio piadoso; 113, Instigación o ayuda al suicidio; además de los otros tipos penales en los que se sanciona otro tipo de agresión con subsecuente muerte. (1991)

El Tribunal Constitucional peruano reconoce el derecho a la vida de las personas y lo conecta con el derecho a la salud. La vida es el derecho de mayor connotación de los otros derechos, pues, sin vida ya no tendrían sentido los demás derechos. Todos los derechos tienen sentido si hay vida. Es su deber protegerla, y está conectado al derecho a la salud. (STC. Exp. 0216-2014-AA). Sin embargo, la salud, es un derecho programático, es deber garantizar su efectividad progresivamente de acuerdo con la planificación estatal. Mientras que la vida tiene también otra connotación de efecto inmediato, y no puede esperarse a su cumplimiento programático.

El derecho a la vida es un derecho no derogable; por lo tanto, ninguna emergencia de salud pública puede servir como justificación, para suspender las obligaciones estatales

positivas o negativas derivadas de ese derecho. Este derecho ante una enfermedad incluye: derecho a acceder a servicios de salud de emergencia efectivos; derecho a recibir las pruebas y exámenes correctos para un adecuado diagnóstico; derecho a recibir tratamientos adecuados para asegurar su vida y derecho a ser colocado en una unidad de cuidado intensivo cuando necesite este tipo de atención.

Rubio (2010), además señala: La defensa de la vida no es solo crear condiciones para evitar que se atente contra ella. El ser humano tiene derecho a tener una vida digna. Lo que quiere decir que deben cumplirse los derechos humanos que permiten la subsistencia y el desarrollo material y espiritual (...) En STC N° 2945-2003-AA/TC, actualmente la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mismo [sic.] de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora está comprometido a cumplir con el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad”

Con todo lo desarrollado con respecto al derecho a la vida, queda claro que el significado de vida, es el de una vida humana – o como dice nuestra constitución, de la persona humana-, que va más allá de una definición, temporal-biológica, pues implica un derecho a una vida en dignidad, con propio autosostenimiento y proyección del yo. El derecho a la vida, se encuentra íntimamente ligado, al derecho a la Salud y esto reclama del Estado la protección de la vida, a través del cuidado de la salud de las personas, salud mental, física y psicológica.

Así el derecho a la vida ha de ser protegido desde la concepción, hasta la muerte de una persona, está íntimamente ligado al derecho a la salud, a su integridad y a la calidad de vida; esto implica responsabilidades de tutela, mejora y aseguramiento; por parte del propio individuo, de la sociedad y del Estado.

1.9.2. Derecho a la Libertad. Este concepto puede entenderse de diferentes maneras. Savater, F, (2010) se refiere a la libertad como un atributo propio del ser humano, en tanto deriva de la razón y conciencia, a diferencia de los animales que no tendrían una verdadera libertad, sino instintos. Si bien es cierto, ambos “actúan”, la diferencia es

que los seres humanos actuarían en la búsqueda de un proyecto de vida y no meramente para satisfacer sus instintos de reproducción y alimentación. Hay quienes entienden a este principio o valor, como una capacidad que tiene cualquier ser humano para seguir su propio curso de vida. Esta capacidad estaría determinada principalmente por el uso de la razón y la conciencia. El mismo autor, entiende que la libertad sería un ideal superior a la vida biológica, pues, tomando nota de Arnold Ghelen, el hombre no vive, sino que dirige su vida. La razón es que la libertad, viene a ser un principio superior a la vida, porque al actuar cambia la realidad.

La representación simbólica del ser humano, es una flecha, por cuanto, siempre tendrá un sentido, una dirección. La libertad del ser humano lo dirige hacia su proyección de vida, jamás está estático, la libertad es la que le da la capacidad de desarrollar su vida; y todo esto basado en la conciencia, a cuyo fenómeno psicológico complejo, se suma la creación de la materia mejor elaborada, que es la razón.

Gómez (2008) nos recuerda que la libertad es un derecho personalísimo, que pertenece a la primera generación de los derechos humanos y por lo tanto se le considera un derecho clásico, además que es la esencia de la dignidad (p.124 y 127) Además, Gómez define la libertad de la siguiente forma: “(...) nosotros podemos definir la libertad como la capacidad del hombre de determinar su obrar o no obrar, de acuerdo con su razón y voluntad.” (p. 126)

Históricamente, libertad significó la cualidad o el status del hombre libre o del trabajador libre en contraposición del esclavo. El hombre, o al menos el hombre europeo, entra en la historia dividida en libre y esclavo. Significó en todo momento la posibilidad de que una persona actuase según sus propias decisiones y planes, en contraste con la posición del que se hallaba irrevocablemente sujeto a la voluntad de otro, quien de modo arbitrario podía coaccionarle para que actuase o no en forma específica. La expresión que el tiempo ha consagrado para describir la libertad es, por tanto, “independencia frente a la voluntad arbitraria de un tercero” (p. 125)

1.9.2.1. Límites de la libertad y la intromisión del Estado. Gómez Hinostroza (2008), desarrolla magistralmente este capítulo, pues este concepto profundo y filosófico de la libertad, no se aleja del concepto jurídico de la misma. Así en la primera definición

que sobre libertad en el ámbito jurídico se señala, en el art.4 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789:

“La libertad consiste en hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre, no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Esos límites solo pueden ser determinados por ley. Esta capacidad humana no puede ser ilimitada y tendría que encontrar su límite obviamente en el respeto a los derechos y libertades de los demás, requisito indispensable para hacer posible la convivencia del hombre en sociedad” (p. 126)

El utilitarista Stuart Mill, citado por Gómez (2008), señala que: “(...) la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines, libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter, para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada (...) La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera, que obligándola a vivir a la manera de los demás” (p.128)

Cabe resaltar la definición de libertad, como proyección de vida, por cuanto es una capacidad de trazar nuestros planes de vida, determinarnos como seres dotados de conciencia y voluntad, con uso de nuestra razón, no estamos sometidos a nuestros instintos, sino que somos nosotros quienes sometemos a los instintos, según nuestras elecciones. A través del uso de la libertad, nos desarrollamos en un mundo donde coincidimos con otros seres humanos, que constituyen el límite a nuestra libertad, por cuanto ellos también deben ejercer su libertad, y el límite a estas libertades, se denomina respeto, es un respeto que jurídicamente está enmarcado en el respeto a los derechos fundamentales de los demás.

Así, Gómez, indica que la anterior definición “ética” de la libertad también tiene una connotación social, esto es, cuando el uso de esta libertad, se relaciona con otras personas y principalmente con el uso del poder por parte del Estado para limitarla. John Stuart Mill, en su obra “Sobre la libertad”, afirma que la lucha entre la libertad individual y el poder del Estado y/o el grupo, ha sido una constante, difícil de limitar

a lo largo de la historia. Además, la libertad vendría a ser un componente básico del bienestar social y de la felicidad individual. Sin libertad, no habría progreso social ni humano.

Sin embargo, Mill sostiene que la libertad tiene sus límites en no hacer daño a los demás o a un tercero y en este caso estaría justificada la intromisión del Estado para limitarla. (...); pero, cuando en la elección de su plan de vida la persona colisiona con los intereses de otros o se hace daño a sí mismo, entonces no tiene por qué rendir cuentas al Estado, pues, el daño se lo está haciendo él mismo. (Mill, 1998, p.153)

Así queda justificada, según Mill, la intromisión del Estado, en el ejercicio de la libertad de las personas, pero no siempre, si la persona se rige bajo el estricto respeto a los derechos de los demás; el Estado no tendría por qué intervenir, salvo que, como ya hemos tratado en el desarrollo del derecho a la vida, exista una colisión o conflicto que confronte derechos.

1.9.2.2.Libertad positiva y negativa.

Dentro del campo jurídico- filosófico, también se ha desarrollado en doctrina dos conceptos relativos a la libertad, que son (i) la libertad negativa y la otra, (ii) la libertad positiva, las mismas que serán desarrolladas en atención a lo señalado por Martin Farrell (1989):

- Libertad Negativa, celebrada en el adagio jurídico, contenido en el artículo 2º inciso 24 de nuestra Constitución que prescribe: que nadie está obligado a realizar una acción que la ley no manda, ni impedido de hacer algo que ella no sanciona expresamente. Siendo así, es aquella que se encuentra en las normas y leyes positivas, la libertad negativa es aquella que nos permite realizar todo aquello que la ley no prohíbe. Esta libertad tiene que ver con aquello que se encuentra plasmado en el papel, la permisión de conductas que no sean prohibidas por ley.
- Libertad Positiva, tiene que ver con la eficacia de la autorrealización personal en la elección de un curso de vida. Es decir, con la disposición de los medios que la persona tiene, para cumplir su plan de vida. En realidad, nos estamos refiriendo a los factores económicos y materiales. Si bien es

cierto, una cosa es que no nos esté prohibido realizar alguna conducta, otra es que nos sea posible, física, material y objetivamente, realizarla.

Un ejemplo, puede ilustrar mejor las diferencias entre ambas. Si una persona decide que quiere estudiar en la universidad, pero, no tiene los medios suficientes para ello, o tampoco capacidad física (minusválido), esta persona tiene libertad negativa, pero, no positiva. La pregunta es ¿Cuál de estas dos libertades, constituye la verdadera libertad? La respuesta, es la libertad real, esta es “Desde la óptica de estas dicotomías, la libertad positiva o real, sería la verdadera libertad.”, entonces la verdadera y real libertad, no es la que está plasmada en el papel, sino la que se utiliza en el día a día.

La aplicación de estas ideas de libertad, tanto positiva, como negativa; tendría repercusión jurídica en el caso de la eutanasia. Pues la persona que padece intenso dolor por algún accidente sufrido, alguna enfermedad crónica o terminal, o cualquiera sea el caso en el que el sufrimiento de esta persona no se aliviará, y por ende, quiere poner fin a su vida; según el concepto de libertad de Mill; podría hacerlo, pues, no estaría haciendo daño a nadie, con lo que se podría cumplir con la eutanasia positiva. Sin embargo, si aplicamos la libertad negativa, en nuestro país, ésta prohíbe la eutanasia y la sanciona como delito; por lo que la persona u otra que la ayude no podría hacerlo, sin tener una sanción penal, e incluso moral.

Un tercer caso, es de aquella persona que, por cualquier cuestión de una circunstancia particular, se encuentre postrada por su dolor, y por ende, queriendo morir, pero que por las limitaciones físicas, económicas u otras, no tiene los medios reales para ello; entonces no es realmente libre, por cuanto no puede ejercer su voluntad de acabar con su vida, y con el sufrimiento que le causa mantenerse en vida. Esta libertad positiva, entendida de esta forma, encarnizada en la realización del querer y de la proyección de nuestra vida – y con ello de nuestra muerte en casos como el descrito-, exige del Estado, proveer de los medios para una auténtica libertad y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, entre ellos, del derecho a la vida en dignidad y a su contracara, que es la muerte digna.

1.9.2.3. Libertad y elección de la propia muerte.

Gómez Hinostroza, (2008), nos habla del hombre, como un ser libre, por encontrarse dotado de conciencia y voluntad, lo cual lo faculta a elegir las diferentes circunstancias de su existencia. La muerte, al ser parte de la existencia humana, es también susceptible de ser valorada y elegida libremente. Y en este mismo sentido, es entendido por el Tribunal constitucional español: “La disposición sobre la propia muerte (...) pertenece al ámbito de libertad de acción de la persona (...)”

La libertad se constituye como la oposición al determinismo de la naturaleza a la que están sometidos los animales y las cosas, pero no el hombre. En la elección del momento de la propia muerte el hombre suplanta la determinación natural por la determinación consciente y voluntaria, otorgándole un contenido valorativo a este acontecimiento. (p. 129)

En la eutanasia, prevista por el artículo 112 de nuestro CP, existe una elección de la propia muerte, la cual es producto de la libertad del enfermo que sufre sin esperanza de cura y/o alivio; y generalmente en un estado terminal, en cuanto es él quien decide expresa y conscientemente, adelantar el momento del fin de su existencia de una manera tranquila y sin mayores sufrimientos, para poner fin a sus intolerables dolores, “(...) en vez de dejar que sea la naturaleza quien la determine y haga lo que quiera con su humanidad, ya que el tránsito a la muerte de manera natural no siempre es “dulce””. (Gómez Hinostroza, 2008), peor aún, si no solo se deja a la naturaleza determinar la muerte; sino que, en contra de ella, con los avances de la tecnología médica, se pretende prolongar la vida, ya sea con aparatología o con tratamientos médicos.

Es por estos considerandos, que Gómez afirma que:

La elección de la propia muerte, al ser producto de un derecho humano de máxima jerarquía: la libertad, la cual es la esencia misma de la dignidad, se encontraría amparada jurídicamente, es decir, sería legítima y el Estado, en virtud del reconocimiento constitucional de los derechos humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia, se encontraría obligado a respetarla. (Gómez Hinostroza, 2008, p. 130)

En las circunstancias en las que el individuo, con toda su humanidad sobre sus hombros o debajo de sus pies; decide ponerle fin a su vida, por intolerables sufrimientos y humillaciones, que le generan cuestiones psicofísicas, y/o bioquímicas, ajenas a su propio determinismo y a su ser; ante las cuales claramente no puede anteponerse, ni cambiarlas; pues las circunstancias, le hacen prever, que en el mejor de los casos estos sufrimientos y dolores permanecerán así, o en el peor de los casos, éstos, se incrementarán progresivamente, deteriorando de esta forma la calidad de vida del individuo. Es precisamente ahí donde cabe preguntarse si el mantenerlo con vida, aún en contra de su voluntad, constituye el respeto a su libertad, a su vida, a su integridad como ser humano; si se optimizan estos derechos con el principio de la dignidad y la autonomía; o, muy por el contrario, se vulneran, y lesionan abiertamente estos derechos y principios constitucionales. Máxime si, el “capricho jurídico positivo” no tiene como correlato, la protección de los derechos de los demás, entonces, nos preguntamos ¿Cuál es la justificación, dentro del principio del respeto de los derechos fundamentales de la persona? Al respecto, Ruiz Funes manifiesta: “La libertad es el bien jurídico de mayor categoría de cuantos merecen la protección de la norma de derecho. Violarla en el individuo o quebrantarla en la sociedad constituye la más grave de las transgresiones, el mayor de los peligros, el más transcendental de los daños, un serio motivo para la alarma pública”.

1.9.3. Derecho a la Integridad. Conforme Gómez Hinostroza (2008) El Diccionario de la Lengua Española define la integridad como “la calidad de íntegro” e íntegro como “aquello que no le falta ninguna de sus partes”. El Diccionario Enciclopédico Cabanellas describe la integridad, en sentido similar al anterior, como la “la calidad de íntegro” e íntegro como “constituido por todas sus partes”.

En un sentido jurídico, Rodríguez Mourullo, citado por Gómez, identifica a la integridad personal como la incolumidad personal, la cual garantiza el derecho de la persona a no ser atacada en su integridad psíquica, ni en general en su salud física y mental. Esta incolumidad personal es angular en el derecho a la integridad.

La integridad se consagra como el derecho del ser humano a mantener la intangibilidad de su dimensión física, psíquica y moral. Estas dimensiones, si bien en la realidad no pueden separarse del conjunto (la integridad personal), la ley y la doctrina para su mejor identificación y estudio las separa y es de esta misma manera que nosotros vamos a tratarla. (p.111)

El derecho a la integridad, tal como lo hemos manifestado, se encuentra reconocido por el art. 2, Derechos Fundamentales de la persona, inciso 1 de la Constitución, en el mismo numeral que el derecho a la vida, y con tres contenidos expuestos: integridad moral, psíquica y física, que pasamos a desarrollar:

1.9.3.1. Derecho a la Integridad Física. Gómez Hinostroza, señala que esta dimensión está referido al derecho de toda persona a no ser afectada en los diversos aspectos que componen su dimensión física, que son integridad corporal, integridad funcional y salud integral; así, los desarrollamos:

- La integridad corporal, es decir, la preservación de sus órganos, partes y tejidos tanto en cantidad como en calidad.
- La integridad funcional, que se refiere al mantenimiento de las funciones del organismo de acuerdo con las capacidades, edad y demás elementos que intervienen en ellas; la integridad física puede permanecer y, sin embargo, haberse alterado la capacidad funcional. Y, por último.
- La salud integral, que atañe la integridad corporal y funcional pero también al funcionamiento y la prevención de un futuro positivo para el organismo humano. (p.p. 111-112)

1.9.3.2. Derecho a la Integridad Psíquica. Se refiere a la preservación de todas las capacidades de la psiquis humana, que incluye las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Con el desarrollo de la tecnología médica hoy se puede afectar o hacer perder todas o algunas de estas capacidades en diverso grado, a través de procedimientos de uso público. Cualquier trato que conduzca a producir estas incapacidades atentará directamente contra el derecho de integridad psíquica y por ende a la integridad personal. (Gómez, p. 112) Pero, el desarrollo de la tecnología médica y el avance de la bioquímica, también pueden optimizar funciones psíquicas, para preservación y optimización de la salud mental.

1.9.3.3. Derecho a la Integridad Moral. Quiere decir que cada ser humano puede desarrollar su vida de acuerdo con el orden de valores que conforman sus convicciones, desde luego todo ello dentro del respeto de los derechos de los demás. (Gómez, p. 112). Cabe señalar que cada individuo tiene su propia escala de valores, pues una de las características de los valores, es precisamente la jerarquización, que no obedece a

una sociedad, sino a que, dentro de un contexto social, la tabla de valores es individual; y el Estado no puede imponernos una tabla de valores; sin embargo, siempre debemos respetar a los demás.

1.10. Principios. Según Alexy (2002) los principios, son efectivamente normas que deban ser cumplidas o realizadas efectivamente, en la medida posible de acuerdo con la realidad y las posibilidades jurídicas. Es una orientación política de una sociedad, en realidad se definen como mandatos de optimización que deben ser cumplidos. En tanto que las reglas son también normas jurídicas que deben cumplirse necesariamente. Más en el plano ontológico, la diferencia entre principio y regla es de tipo cualitativo y toda norma o bien es principio o regla. Para el caso de la eutanasia estamos ante dos conflictos que colisionan. Por un lado, el principio de dignidad y/o el de autonomía de la voluntad y por otro el principio vida. (p. 86)

1.10.1. Colisión de principios. Más allá del desarrollo teórico, está la realidad que confronta principios del derecho; así Alexy (2002) señala que cuando dos principios entran en colisión, habría que determinar cuál de ellos tiene mayor peso. En este caso, si una persona decide pedir a un tercero que le quite la vida por dolor insoportable estamos ante la colisión de dos principios, por un lado, la dignidad humana y por el otro, la propia vida. Para resolver cuál de ellos tiene mayor peso, entonces se aplica el test de ponderación que tiene como premisa que cuanto mayor sea el grado de la no afectación a un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro. (p. 161)

Nuestro Tribunal Constitucional aplica este método para este tipo de conflictos, de acuerdo a un esquema que consiste en determinar la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad, sin que esto signifique el divorcio con la teoría de la argumentación de Manuel Atienza, por cuanto; muy por el contrario, se suponen, y se complementan.

1.10.2. Principio de Dignidad Humana.

La dignidad humana constituye el punto de referencia entre la Bioética y el Derecho. La dignidad es una cualidad intrínseca de toda persona, que debemos respetarla hasta el momento de la muerte. (Camargo R., 2016, p. 90)

Así, veremos que se acuña el término bioética en 1970, para referirse a los problemas éticos que emergían de los avances en las ciencias biológicas y médicas.

Así, la bioética se basa en principios, los cuales constituyen el punto de partida obligado en cualquier discusión que se emprenda con médicos, sanitarios, biólogos, bioquímicos, sobre temas tan actuales y controversiales como son, el trasplante de órganos, el genoma humano, la eutanasia, los ensayos de fármacos; etc. Manuel Atienza (2010), nos dice que, el origen de estos principios están en el Congreso de los Estados Unidos, creados por una comisión nacional, encargada de “identificar principios éticos básicos que deberían guiar las investigaciones en seres humanos en las ciencias del comportamiento y en biomedicina”; y en cuatro años, desde 1974 en que empezaron la tarea, hasta 1978, en que publicaron el llamado “Informe Belmont”, lograron la creación de los tres principios de la bioética, los cuales son: “el de autonomía o de respeto por las personas, por sus opiniones y elecciones; el de beneficencia, que se traduciría en la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios y minimizar los riesgos; y el de justicia e imparcialidad en la distribución de los riesgos o de los beneficios” (p. 42)

1.10.2.1. En Documentos Internacionales. Indica Gómez Hinostraza (2008): La dignidad está consagrada universalmente en los documentos más importantes sobre derechos humanos -producto de una larga lucha histórica de los pueblos- como son:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de Asamblea General de la ONU aprobada el 10 de diciembre de 1948, expresa en su artículo 1.º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), señala en su preámbulo que los derechos que recoge “(...) derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, señala en su artículo 11º, inciso 1.º: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y el reconocimiento de su dignidad”.

1.10.2.2. *Documentos Nacionales.*

- La Constitución Política de 1993, en su artículo 1. °, refiere lo siguiente: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”
- El Código Civil de 1984 no estipula expresamente el reconocimiento de la dignidad de la persona, sin embargo, esta se desprende de su articulado, al señalar en el art. 5. ° que hay derechos inherentes a la persona humana.

1.10.2.3. *Definición de Dignidad Humana.* El Diccionario de la Lengua Española define la dignidad como la “calidad de digno”, y digno como “que merece algo en sentido favorable o adverso. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa”

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Cabanellas describe la dignidad como la “cualidad de digno”, digno como “merecedor de algo”, y en sentido jurídico define a la dignidad personal como el “derecho que tiene todo hombre para que se le reconozca como ser dotado de un fin propio, y no como cual [sic.] simple medio para fines de otro”. (pp. 86 -87)

Legaz Lacambra señala que: “El valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona” (Gómez Hinostroza, 2008, p. 87)

Nino manifiesta que el principio de la dignidad de la persona, como opuesto al determinismo jurídico, se traduce en que “los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”. (Gómez, 2008, p. 87), qué duda cabe que esta definición hace referencia a la dignidad humana.

García López comenta que la persona es un fin en sí misma, nunca es medio. Las cosas son medios, y están ordenadas a las personas, a su beneficio; pero las personas, aunque se ordenen en cierto modo unas a otras, nunca están entre sí en relación de medio a fin; reclaman un absoluto respeto y no deben ser instrumentalizadas nunca, en esto consiste la dignidad o nobleza características de la persona. (Gómez, 2008, p. 87)

Kant formula el imperativo categórico conforme al cual se demanda que, justamente porque el hombre como persona en sentido técnico tiene una dignidad, se le coloque por encima de todo lo que puede ser utilizado como medio y se le trate como fin en sí mismo. (Gómez Hinostroza, 2008, p. 88)

La dignidad consiste en que la persona, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea. (Gómez Hinostroza, 2008, p. 88)

Hasta aquí, todos estos conceptos destacan dos cualidades claves y fuertes con respecto a la dignidad de la persona; que son su libertad o autodeterminación y a la persona como fin supremo, esto es un fin en sí mismo.

Un punto de partida de los derechos humanos en la modernidad viene a estar determinado por el imperativo categórico de Immanuel Kant, sobre la dignidad. La dignidad kantiana se expresa en la idea de un ser racional, que no obedece a otra ley más que la ley que él se da así mismo debido a que el hombre es un fin en sí mismo. Kant lo explica mejor a través de un ejemplo: en el reino de los fines todo tiene un precio o tiene dignidad. Lo que tiene precio, puede ser sustituido por otro, en cambio lo que tiene dignidad es insustituible. (p. 53). Resumidamente, la dignidad significa que el hombre no tiene precio, las cosas cuestan, tiene precio, el hombre vale, es digno, es un fin en sí mismo.

Así, esta definición kantiana es aclarada por Martínez Bulé (2013): De la misma manera se funda la dignidad desde una perspectiva ontológica, señalando que la persona humana es el único ser cuyos fines son inmanentes a su propia naturaleza, es el único ser que es *sui iuris*, dueño de sí mismo, de su propio ser, con la consecuencia de que el ser humano sólo puede ser tratado como fin y nunca como medio; siempre será sujeto, nunca objeto y por tanto no puede ser valorado por medio de un precio; las cosas tienen precio mientras los seres humanos tienen dignidad. Esta es la dignidad moderna que desarrolla Kant ampliamente en la Fundamentación de la metafísica de las costumbres (p 51-52)

En principio está reconocido en nuestra Constitución y es el principio sobre el cual se desarrollan todos los otros derechos constitucionales. Igualmente, nuestra jurisprudencia constitucional reconoce el principio Kantiano como *prius* de nuestro ordenamiento y como fin supremo de la sociedad.

1.10.3. Autonomía Vital

Con respecto a la autonomía, Nino (2007), señala que “Aun cuando la formulación del principio de autonomía es todavía considerablemente vaga, ella permite, sin embargo, inferir el *contenido* de algunos derechos individuales básicos cuya *función* está dada por el principio de inviolabilidad de la persona.” Esto es, lo que el mismo Nino señala un poco más adelante: “El bien más genérico, que está protegido por el principio de autonomía es la libertad de *realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.*” Y además concretiza esta idea, indicando que “Esta es la libertad consagrada por los arts. 4° y 5° de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, defendida por J.S. Mill en *On Liberty (...)*” De ahí que Nino señale que es obvio que (...) la *vida consciente* es un bien imprescindible para materializar la mayor parte de proyectos e ideales aun cuando éstos incluyan la perspectiva de arriesgar o quitarse esa misma vida. (p.222-223). Esto, en tanto la proyección de los planes de vida, deben ser de la persona que decide sobre su propia vida, y no de otra gente, como los esposos, padres, hermanos, hijos e incluso el Estado a través de algunos representantes de organismos, o el Poder Judicial. El proyecto de vida que esta “otra gente tenga” sobre el individuo que está postrado con incapacidad de elegir sobre su propia vida, por cuanto puede estar por ejemplo en estado vegetativo, no conforma en lo mínimo, esta autonomía, a la que se hace referencia, pues el proyecto de vida del individuo es materialmente imposible de realizar. Nino indica “(...) el bien en cuestión incide fundamentalmente en la capacidad de elección, permitiendo entrever formas de vida e ideales de conducta que no se perciben en su ausencia”, obviamente cuando de hace alusión a su ausencia, se refiere a la capacidad de elección, la cual ha tornado inservible, la forma de vida o el ideal de conducta. De ahí la importancia de la autonomía en general, como fundamento básico de los derechos del hombre, y de la autonomía vital en particular, para el caso en concreto de la eutanasia.

La autonomía vital consiste en la libertad que tiene toda persona para conocer y decidir acerca de las implicaciones de un tratamiento médico, y para determinar en qué condiciones y hasta cuándo está dispuesta a soportar un padecimiento irremediable, en ocasiones con dolores extremos que, desde cualquier perspectiva afecta su dignidad personal. Este concepto incluye dos grandes rubros: la supresión de un tratamiento y la terminación voluntaria, incluso asistida, de la vida. Cada uno de esos supuestos implica

la ponderación legal, ética y científica de las circunstancias en que es aceptable el ejercicio de los derechos asociados a la autonomía vital.

La autonomía, principio de la Bioética, consagra la capacidad del sujeto de decidir por sí mismo en todo lo relativo a su vida y su salud fundamentado en la voluntad y la razón. Al hablar de autonomía en la persona enferma y de su dignidad humana, así como de su derecho a elegir, aceptar o rechazar, el dolor y sufrimiento que le ocasiona una enfermedad terminal incurable, que inevitablemente lo llevará a la muerte y decide poner fin voluntariamente, estamos hablando de eutanasia. (Camargo R., 2016, p. 90)

Goyri V., Pérez A. (2016), dicen que: El principio de respeto a la autonomía, según Beauchamp y Childress, desde el punto de vista del sujeto, implica, en primer lugar, que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos y, segundo, que todas las personas cuya autonomía está disminuida, como es el caso de los menores de edad o los incapaces, tienen derecho a protección.

La autonomía en las decisiones, desde el punto de vista del acto, debe reunir los requisitos de intencionalidad, conocimiento y ausencia de control externo:

- La intencionalidad, no admite grados, porque se tiene intencionalidad o no se tienen intencionalidad, no hay puntos intermedios. Una acción será intencional cuando es querida de acuerdo con un plan, puede ser que sea deseado o tolerado, pero al fin y al cabo querido.
- El conocimiento, en este caso, si se puede dar de manera gradual, como el control externo pueden darse de manera gradual, pudiendo ser más o menos autónoma una decisión. El conocimiento se relaciona directamente con la información que se posee. En relación a la eutanasia y el testamento vital, ese conocimiento ha de ser primero de la información que todo paciente debe tener con respecto a su enfermedad, causas, consecuencias y efectos de la misma y de los medicamentos suministrados; así como de sus derechos; principalmente los derechos a la autonomía vital, a la vida digna y a la muerte digna.
- El control externo puede ir desde la coerción, la manipulación y la persuasión, y debe entenderse separado de la intencionalidad. Se habla también de una autenticidad; es decir, que no haya problemas de control interno en el individuo que va a tomar una decisión, y que las conductas realizadas por el individuo o

las decisiones que tome, no contradigan el sistema de valores que sostiene esa persona. Es un control, que debe evitar las injerencias externas, en torno a la autodeterminación del individuo.

Así, para evitar vulnerar la autonomía vital, es necesario conocer el principio de beneficencia, que algunos pueden argüir, tratando de menoscabar nuestra autonomía. El principio de beneficencia se refiere a que el médico deberá actuar siempre de acuerdo con lo que sea mejor para el paciente; sin embargo, el principio de beneficencia no debe inhibir al principio de autonomía; es decir, que debe entenderse este principio en sentido no paternalista. Una beneficencia no paternalista es entonces la que busca hacer el bien hasta donde el paciente lo pide o lo acepta.

Por ello, si bien el principio de no maleficencia —complementario al principio de beneficencia— establece que nunca será legítimo hacer el mal, el principio de autonomía establece que no siempre es legítimo hacer el bien. El principio de beneficencia debe estar entonces acotado por el consentimiento informado.

En cuanto a la supresión de un tratamiento, existen dos posibles escenarios: que lo decida el paciente o que lo haga un tercero. En algunos sistemas ese problema se ha resuelto con los documentos de voluntades anticipadas, que contienen el conjunto de previsiones adoptadas por una persona para ser aplicadas cuando no tenga posibilidades físicas de tomar una decisión. (Carpizo y Valadés, 2010, p. 90)

Respetar la autonomía, es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas; y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros. La esfera de la autonomía, está restringida, por el perjuicio cierto que se produzca a otros; puesto que, el límite que nuestra autonomía tiene, es el generar el perjuicio a otros. El no respeto a la autonomía, es mostrar falta de respeto por un agente autónomo, es repudiar los criterios de estas personas, negar a un individuo la libertad de actuar según tales criterios, o hurtar, u ocultar información necesaria para que pueda emitir un juicio, cuando no hay razones convincentes para hacerlo, pues no es cierto que nuestra

posición sea mejor que la del agente autónomo, no podemos decidir por ellos, o atropellar de esta forma su autonomía.

Asimismo, avanzamos cada vez más como sociedad, hacia el reconocimiento del derecho que tiene toda persona, en virtud de su autonomía, a decidir o rechazar tratamientos, procedimientos o intervenciones de carácter médico, especialmente al enfrentarse con el final de su vida, decisión que deberá ser respetada por el médico, pero también por la familia y seres queridos del paciente, porque este último es el indiscutible titular de sus derechos. Así, en nuestra Ley general de Salud N° 26842, en su Título I, De los Derechos, Deberes y Responsabilidades concernientes a la salud individual; el art. 4°, señala: “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”; por lo que debe respetarse la decisión, la autonomía del agente, conforme a Ley y que en correlación con el art 5°, dicho consentimiento debe ser informado.

Es importante resaltar que el respeto a la autonomía personal, les fue impuesto a los médicos desde la tradición ética-jurídica, y en gran medida como un desarrollo de la teoría de los DDHH, puesto que se trata de una idea ajena a sus prácticas históricamente hablando, y como resultado del pensamiento liberal que postula la separación de la moral pública y la moral privada, de donde surge la idea de privacidad o intimidad como un ámbito en el cual, ni el Estado, ni los demás miembros de la sociedad deben tener injerencia, como expone John Stuart Mill.

En 1914, se presentó el caso más conocido y considerado el triunfo definitivo en el reconocimiento del derecho del paciente a tomar decisiones en general, en relación con su atención médica. Nos referimos a la conocida resolución del tribunal de Nueva York, en el caso *Schloendorf vs. The Society of New York Hospital*, en la cual dio la razón a Mary Berry Gamble, a quien se le realizó una operación sin su consentimiento, que además trajo graves consecuencias a su salud. El juez Benjamín Cardozo, pasó a la historia puesto que su resolución consolidó al principio de respeto a la autonomía como central, en el ámbito biomédico y clínico, y como piedra angular de la relación médico-paciente, estableciendo expresamente el derecho que tiene toda persona adulta, en pleno uso de sus facultades mentales, a determinar lo que habrá de hacerse en su propio

cuerpo, y cualquier médico que realiza un procedimiento, proporcione tratamiento o realice cualquier acto (médico) sin el consentimiento de su paciente, es sujeto de responsabilidad. (Goyri V., y Pérez A., 2016, p.117).

2.2.1. Paternalismo Estatal.

El paternalismo estatal se relaciona con la idea que, si el Estado es democrático o autoritario, no puede imponer a la persona un modelo ideal de vida. En otras palabras, si el principio de autonomía, base de la dignidad, nos prescribe que cada uno pueda elegir su modo de vivir, con la limitación de no hacer daño, entonces, ¿El Estado podría prohibir el suicidio, la eutanasia, el deseo de no estudiar, el deseo de beber alcohol? Si los DDHH han sido una conquista del individuo frente al Estado, está claro que éste no puede imponer modelos de vida o virtud a sus ciudadanos. Se trata de la no imposición de estilos o modelos de vida, es la no injerencia del Estado, en la propia decisión del proyecto de vida del individuo.

Gerald Dworkin nos proporciona la siguiente definición de paternalismo: “Es la interferencia con la libertad de acción de una persona, justificada por razones que se refieran exclusivamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona que es coercionada” (Dworkin, G. como se citó en Gómez Hinostroza, 2008, p. 143)

Nino (2007), propone un concepto de paternalismo no perfeccionista, en contra de un Estado perfeccionista:

El Estado solo puede imponer a sus ciudadanos condiciones para que expandan su dignidad y autonomía en la elección de su propio plan de vida. En este caso, estaríamos ante un Estado paternalista, y se podría admitir su intromisión; pero, si el Estado propone y obliga un modelo de comportamiento, estaríamos ante un Estado paternalista perfeccionista, que iría en contra del principio de autonomía. Ahora bien, desde esta perspectiva, ¿Podría el Estado prohibir la eutanasia? Es decir, puede uno renunciar a vivir. Está claro, que el Estado no puede intervenir en esta decisión. (pp. 412-415)

2. La Eutanasia

2.1. Panorama Histórico de la Eutanasia

El tema de la eutanasia es tan antiguo como la propia civilización humana; es así que el tratamiento sobre la muerte y la vida es un tema presente a lo largo de la humanidad; así se tiene que:

El tratamiento de la muerte y el propio suicidio, nos han acompañado a lo largo de nuestra historia. Ya en la antigua Grecia, diferentes escuelas filosóficas se declararon a favor o en contra de la muerte producida de forma voluntaria, por el propio sujeto o por terceros. En el Imperio Romano, oradores como Cicerón (106-43 a.C.) o Suetonio (c. 70-126) emplean ya el concepto “eutanasia” para referirse a una muerte digna, honesta y gloriosa. Con la llegada del cristianismo y el cambio de valores, se va modificando la visión y legislación acerca del suicidio en diferentes concilios, hasta que en el Concilio de Toledo del 693 se impone la excomunión a quien lo cometa. Con ello, la postura acerca de la muerte voluntaria se mantiene estática, hasta entrado el siglo XIX, a excepción de diversas posturas a partir del Renacimiento de pensadores como Thomas More (1478-1535) o Francis Bacon (1561-1626). (Guijarro Castro, et. al, 2021, p. 10).

Cuando se tocan temas de la vida y de la muerte, del suicidio y peor aún asistido; sin lugar a dudas un sinfín de emociones, embargan a los integrantes de nuestra sociedad, pues desde afuera existen defensores acérrimos de la vida, como don divino, y no cabe en ellos la idea de que algo de origen divino sea acabado por el hombre tan imperfecto, las religiones en general han venido a defender la vida a costa de todo, sin propuestas viables con respecto a las soluciones en los casos de sufrimiento extremo, es como si para calmar su conciencia y moralina desarraigada de la realidad, otros tuvieran que sufrir por designio divino. Así la religión católica, no asimila que la pasión y muerte de Jesucristo, fue una especie de eutanasia, pues según cuenta la historia, él tenía conocimiento de que moriría, y que con esa muerte terminaría el sufrimiento que Jesús tenía. Esa muerte fue una “bendición, en ese entonces”. Las fibras de cualquier ser humano se conduelen con sufrimientos tan extremos, que creemos que nadie, por muy malo que sea, debe sufrir tanto; y es entonces cuando en nuestra conciencia íntima nace la idea que, aunque muy pocos lo admitan y manteniendo su

creencia religiosa, reza así: “Pobre ser, pobre hombre, mejor se lo hubiera recogido el señor, para que no sufra tanto”

Con la Revolución Francesa y la creación del cuerpo jurídico actual, comienza la tradición de la no punición del suicidio para quien lo realice. Ya en 1906 se propone un proyecto de ley en Ohio (Estados Unidos) para legalizar la eutanasia, que no llega a prosperar; y en 1918 Suiza, en su CP, indica que el auxilio al suicidio por motivos altruistas queda impune, aunque no lo considera un acto médico; pero con ello ya se despenaliza el suicidio asistido.

Como podemos ver esta evolución de la idea de la eutanasia, desde evitar su punición, hasta positivizar su permisión; aún va dejando demasiadas lagunas y zonas grises, por cuanto no se logra determinar quién lo aplicará, ni sobre quién se aplicará, si es un acto médico o no.

Sin embargo, en estas primeras décadas del siglo XX, previas al inicio de la Segunda Guerra Mundial, surge también el movimiento eugenésico moderno, con su búsqueda de la mejora de los rasgos hereditarios del ser humano. Esta filosofía social llega a institucionalizarse y formar parte de diferentes programas estatales, que culmina con el régimen nazi y sus políticas de exterminio, hacia los que calificaron “inadaptados”, como enfermos mentales o discapacitados, en lo que denominaron “muerte por piedad (gnadentod)” y que posteriormente dio origen a la idea del predominio de la raza aria, frente a los judíos. Así, se puso en marcha el conocido programa de eutanasia Aktion T4, que entre 1939 y 1945 llevó a cabo el asesinato de unas 275.000 personas en centros sanitarios de Alemania y territorios ocupados mediante diferentes métodos, generando los guetos, para aislar a los judíos y posteriormente exterminarlos, por considerarlas “vidas indignas de ser vividas”. La propia Neurología se nutrió de estos programas mediante el estudio neuropatológico de aquellos asesinados, como los trabajos de H. Spatz y J. Hallervorden en el Kaiser Wilhelm Institut en Berlín-Buch. (Guijarro Castro, et al., p. 10-11).

Sin lugar a dudas, recordar el holocausto nazi, conocer acerca de aquél, remueve cada fibra, desde 1933, periodo en que Adolfo Hitler y el partido Nazi llegaron al poder e iniciaron una política progresiva de exterminio de la raza impura; hasta ahora, es el mayor crimen que existió contra la humanidad, por sus características de programa estatal de exterminio, de racismo y métodos crueles que se emplearon para tales fines. Dichos hechos, están muy

distantes de lo que hoy conocemos por eutanasia y que cinco países en el mundo ya reconocen como un derecho fundamental; haciendo una interpretación de la protección del contenido sustancial del derecho a la vida.

Abordaremos la definición de la eutanasia, en tiempos actuales, a fin de un acercamiento a la real dimensión del término y su necesaria implicancia con otros DDHH.

2.2. Definiciones Terminológicas

El término eutanasia conforme señala Vieira Galán, (2021), etimológicamente, proviene de ‘eu’ que en griego significa buena y ‘thanatos’, muerte. Por lo que la eutanasia etimológicamente significa buena muerte, y hace alusión a tener una muerte tranquila, sin sufrimiento.

Además, se tiene que, en España, según revela “Existe un acuerdo, tal y como recuerda la norma, para limitar el uso de la palabra eutanasia a los casos en los que se produce la muerte de manera activa y directa en aquellas personas que lo han solicitado de una manera expresa y siempre con el objetivo de ahorrarles un sufrimiento. (p. 263).

Así, dentro de las muchas definiciones acerca de la eutanasia, he tenido a bien señalar estas que considero aclaran el término, en el contexto señalado en la presente investigación, dichas definiciones son:

- La eutanasia es el comportamiento voluntario de una persona que padece de una grave enfermedad o dolor insoportable, que generalmente es terminal y le afecta considerablemente a su calidad de vida y que le lleva a poner fin a su vida, pudiendo pedir la ayuda a un tercero. (Diez Ripolles, 1995, p. 83)
- Eutanasia es la actuación de un profesional sanitario que produce la muerte de un paciente de forma directa e intencionada, mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo de este (Martínez-León, M., Feijoo Velaz, J., Queipo Burón, D., & Martínez-León, C., 2022).

El tema de la eutanasia ha despertado un sinfín de sentimientos, corrientes de opinión y posiciones académicas, en torno a su tratamiento; desde el ámbito médico, jurídico,

filosófico ético, deontológico, e incluso lógico; así como social. Es sin duda un tema cuyo debate acalorado busca defender la vida, desde una u otra perspectiva; por ello es que Arimany-Manso, y Martín-Fumadó, (2021), señalan:

Siendo que el caso más conocido y tratado es la aplicación de la eutanasia en España, es ahí donde “el debate sobre la eutanasia, tanto desde el punto de vista de la bioética como del derecho, se ha abierto paso en (...) las últimas décadas, no solo en los ámbitos académicos, sino también en la sociedad. Se trata, sin duda, de un debate complejo, interdisciplinar, de múltiples enfoques y perspectivas, y del que existen diferentes posicionamientos éticos, culturales y sociales e incluso deontológicos dentro de la profesión médica. (p.89).

A lo que podríamos agregar que el debate no solo es en la profesión médica, sino también la profesión del derecho y filosófica; por todas las aristas que implica tocar este tema; así como los posicionamientos, que se toman. Lo que es claro, es que el debate no puede ser ni pura teoría, ni pura práctica; ha de ser un conjunto de teorías filosóficas, sociológicas, médicas, jurídicas e incluso otras; pero sin lugar a dudas, ha de ser abordado multidisciplinariamente para poder entender su real magnitud y llegar a un posicionamiento sólido, integrado y consensuado.

2.3. Definición Legal

En estos últimos años, el debate social y político acerca de la eutanasia y la muerte asistida, se ha intensificado en diferentes países. Es en esta etapa en la que, además de España, otros territorios han aprobado nueva legislación al respecto. Concretamente, algunos estados de Australia (Victoria, desde 2019; Australia Occidental, en vigor a partir de 2021; y Tasmania, en vigor a partir de 2022) y Nueva Zelanda (en vigor a partir de 2021). (Guijarro Castro, C., García-Ramos García, R., & Escamilla Sevilla, F., 2021, P. 12). (1).

La eutanasia y el suicidio asistido son legales desde el 2002 en Países Bajos y a continuación lo han sido en Bélgica, Luxemburgo, Colombia y Canadá y el último país en legalizar la eutanasia fue España; en determinadas circunstancias que varían entre los países. El suicidio asistido, pero no la eutanasia, son legales en Suiza, en los estados de

Oregón y Washington, y recientemente en los de Vermont, California, Colorado, Hawái y Nueva Jersey en EE. UU. y en algunos estados de Australia. La revisión actual es exclusivamente descriptiva y pretende aportar datos para que sea cada profesional el que haga sus propias valoraciones. En marzo de 2021 la E/SA ha sido legalizada en España y los médicos van a ser consultados por los pacientes, dado que algunas enfermedades neurológicas reúnen criterios de incurabilidad, sufrimiento intolerable y pérdida de calidad de vida que pueden hacer pensar en ella. (J.M. Trejo-Gabriel-Galán, 2021, P. 2)

No obstante, hay una significativa variabilidad en la legislación vigente de todos los países mencionados. En algunos, se legaliza tanto la eutanasia como el suicidio asistido, tratándolos incluso como si fueran sinónimos absolutos, como si fueran lo mismo; mientras que en otros solo el suicidio asistido. Así, algunos países o estados, han designado un significado distinto al término eutanasia, del término suicidio asistido. Otras diferencias incluyen aspectos del propio procedimiento y seguimiento de los casos, y consideraciones concretas como los límites de edad, las formas de consentimiento o cuáles son las situaciones consideradas como causantes de un sufrimiento físico o psicológico constante o insoportable. (Guijarro Castro, et. al., 2021, p. 12).

2.4. Definición Médica.

La eutanasia asistida por personal de salud, que implica cuestiones biomédicas, de objeción de conciencia, de respeto a los principios biomédicos entre otros; consiste una eutanasia activa, a través de la cual, se proporciona, prescribe o suministra una sustancia para darle muerte al paciente, previo pedido expreso del mismo, por parte del mismo paciente; y siguiendo un protocolo establecido.

La muerte asistida por médicos, sea eutanasia o suicidio asistido (E/SA), es controvertida y su aceptación o rechazo varía entre países, entre el público y entre los profesionales sanitarios, en general menos favorables que el público. Para evitar llegar a ese estado hay que intensificar los cuidados paliativos en las enfermedades que llevan a pedir la E/SA y descartar o tratar que haya además una depresión, pues es 4 veces más frecuente en pacientes con cáncer terminal que solicitan eutanasia que en los que no la piden. (J.M. Trejo-Gabriel-Galán, 2021, P. 2)

El reconocimiento incipiente de esta eutanasia, en nuestro país, parte de la propia Ley General de Salud, en la cual, se establece la obligatoriedad del consentimiento informado; así como la prohibición de ser sometido a procedimientos quirúrgicos o terapéuticos sin consentimientos del paciente, salvo cuestiones de emergencia.

2.5. Clases de Eutanasia

A través de la historia se han dado diferentes clasificaciones sobre la eutanasia, algunas acordes con su esencia (muerte dulce) y otras, desnaturalizando su contenido; Aquí presentamos la clasificación escogida por Gómez Hinostroza, (2008); así tenemos:

2.5.1. Por su finalidad

2.5.1.1. Eutanasia piadosa. Esta eutanasia se caracteriza porque su motivación es el sentimiento de piedad, que quien lo practica, tiene hacia la persona que se encuentra soportando sufrimientos de gran intensidad, sin ninguna esperanza de superarlos; por lo que el agente que lo practica, procura acabar con esos sufrimientos. Gómez Hinostroza, resalta el hecho de que es el móvil altruista, un elemento constitutivo de la eutanasia propiamente dicha, de modo que no sería posible hablar con propiedad de la misma, si falta este elemento. “La finalidad que lleva a “ayudar a morir” no puede ser otra que la de aliviar los sufrimientos de la persona que los padece, lo que implica una connotación altruista, compasiva y/o solidaria.” (2008)

Este tipo de eutanasia es la que se prohíbe y sanciona, en nuestro CP, en su art. 112, como homicidio piadoso, que señala: “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.

El reconocimiento del sufrimiento que padece el enfermo y el pedido expreso que este hace al agente, lleva a que, en nuestro ordenamiento

jurídico, se contemple en nuestro CP, una pena no mayor de tres años, y que al no existir el umbral mínimo del marco normativo, con respecto a la pena, por interpretación sistemática se considera que el extremo inferior de la pena es de dos días. La cual, obviamente, es reducida, en atención a otros tipos de homicidios, además esta sanción está catalogada en nuestro CP, como homicidio piadoso.

2.5.1.2. Eutanasia eugenésica. Es aquella en la que la vida es sacrificada con el fin de lograr el mejoramiento de la raza o de ideologías socio políticas. Esta eutanasia la practica una denominada “élite”, a la que poco o nada le importa el consentimiento y del padecimiento de la víctima. Dicha “élite”, tiende a liberar a la sociedad de los enfermos y toda persona que represente una “carga”, entendiendo por carga, no solo a la carga real, esto es que el Estado tenga que hacerse cargo del tratamiento y las atenciones de las personas con enfermedades, u otras condiciones, como la pobreza; sino también de una carga ideológica, en tanto son personas que estorban a un determinado régimen político, ideológico, social o de cualquier otra índole, por lo que sin importar el consentimiento de las personas, y peor aún, en contra de la voluntad de los mismos, el Estado aplica la eutanasia, como política de gobierno, esto es dar muerte a un grupo de personas, que por razón de una situación particular (sea real, o ideológica), que incomoda al Estado, deben morir.

Al realizar esta definición de eutanasia, es claro que, nuestra mente evoca un suceso de magnitud mundial y tan lamentable como condenable, que es el ejemplo de este supuesto tipo de “eutanasia” ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, cuando Hitler invadió Polonia en 1941, y los nazis pusieron en marcha su plan de exterminio, aplicándolo contra quienes ellos consideraban “racial y biológicamente inferior”. Por lo que el genocidio de millones de personas, en gran porcentaje judías, a través del monóxido de carbono, y formas degradantes crueles e inhumanas de exterminio, como por ejemplo, quemarlos vivos. En este contexto, se desnaturaliza el concepto etimológico de eutanasia, y se aleja completamente de su significado;

pues esta forma de eutanasia de muerte buena o dulce, no tiene nada.

Además de estos tipos por su finalidad, Carlos Binding, señala estos otros tres tipos:

2.5.1.3. Eutanasia liberadora. Esta eutanasia se realiza cuando la misma persona afectada, la solicita o consiente, para acortar sus terribles sufrimientos, que son ocasionados como consecuencia de alguna enfermedad mortal, crónica, o de algún accidente muy grave; como son quienes padecen de cáncer, lupus y otras enfermedades degenerativas; así como los lesionados de muerte, etc.

Por su nombre, entendemos que, es aquella que la persona afectada con estos terribles sufrimientos se libere de ellos, ya que viene padeciendo, producto de una enfermedad o por alguna situación de un accidente, que va degradando su ser, su cuerpo y/o su psiquis.

2.5.1.4. Eutanasia eliminadora y económica. Esta eutanasia es llamada de esta manera por cuanto busca eliminar una carga para la familia del paciente y/o la sociedad; cuyo fin es eugenesia y selección; y el público al que se aplica esta eutanasia son los idiotas y los dementes incurables, a quienes la muerte no amenaza en breve plazo. El motivo es que estas personas no pueden vivir sin ayuda ajena, de ahí el considerarlas una carga. Ahora bien, no importa que estos individuos hayan nacido así, o que sea un tema sobreviviente, esto es que en el transcurrir de su vida han llegado a esa situación

2.5.2. Por sus medios. Se consideran: la eutanasia activa y la eutanasia pasiva, que se manifiestan principalmente a través de las declaraciones anticipadas de voluntad. Así, se tiene que diferenciar el ser auxiliado, para prescindir de la vida; o ser objeto de suspensión de un tratamiento; ya sea por petición propia (directamente o por disposición anticipada) o de un tercero.

Así se tiene que las políticas de regulación son muy variadas. Comenzamos,

mencionando el caso de España, donde, la primera disposición de carácter nacional es la Ley de Autonomía del Paciente (noviembre del 2002), sin embargo, previo a ello, en Extremadura se legisló sobre la eutanasia pasiva y el “testamento vital” (junio 2001) y un año antes, en Cataluña se adoptó el “testamento vital” (diciembre del 2000). Ahora bien, existen otros Estados nacionales donde ya hay regulación legislativa o decisiones jurisprudenciales que en su mayoría, permiten o toleran la eutanasia pasiva, como son los países de Alemania, Australia, Austria, China, Dinamarca, Gran Bretaña, Suiza. En Italia se discute —con cierta intensidad— la posibilidad de legislar. Aunque en México convoca la atención de gran cantidad de estudiosos, pero sin repercusión social. Es una tendencia mundial que día con día, crece en los distintos países, que se ve acrecentada con los avances científicos y tecnológicos que buscan prolongar artificialmente la vida.

2.5.2.1. Eutanasia Pasiva. Es pasiva, porque permite la muerte, dejando hacer aquello que mantenía con vida al paciente. Consiste en dejar de suministrar o brindar el tratamiento que mantiene con vida a una persona. Las formas en las que se realiza la suspensión del tratamiento, es:

- A petición expresa del paciente, siempre y cuando este esté consciente; y que por previsión el paciente plasme su petición en una declaración legal y válida;
- A solicitud de las personas que el paciente o la Ley interna consideren idóneas, como el cónyuge, los ascendientes o descendientes, o el designado por el propio paciente.
- Sucede cuando solo se le puede suministrar analgésicos previos a la muerte de la persona.

El agente deja de hacer aquello que mantenía con vida al enfermo, el acto consiste en una omisión, porque se sabe que ya tiene cura: por ejemplo, cuando el médico no hace nada para evitar la muerte del paciente después de haber constatado su estado de salud, o cuando a sabiendas de que el tratamiento aplicado al paciente es necesario para prolongar su vida, este lo interrumpe.

En el desarrollo de algunas jurisprudencias, como en el caso de Colombia, se hace la diferencia entre la eutanasia y el suicidio asistido, dependiendo de quién lo

realiza; así, se considera eutanasia cuando es el médico el que decide, y otra es la cuestión cuando es el mismo paciente es quien lo solicita y lo realiza.

Es la suspensión de lo que se considera como ensañamiento terapéutico, pues se conoce que en ese caso el paciente no tiene posibilidad alguna de sobrevivir, si ese tratamiento se suspende.

En nuestro país, por ejemplo, se suspende el tratamiento de quimioterapias y otros, al paciente de cáncer terminal y se limitan a suministrarle endomorfina, para procurar aliviar sus dolores, en espera de su muerte.

Para el caso que nos ocupa, la primera forma en la cual se suspenderá el tratamiento, será a pedido expreso del paciente, pero que ocurre si el paciente, sabe que llegará un momento en su enfermedad donde ya no tendrá voluntad, o en la que, teniéndola, no podrá expresarla. Es precisamente en estos casos, donde cobra relevancia el testamento vital.

2.5.2.2. Eutanasia Activa. Se denomina de esta manera porque depende de una acción de terceras personas (personas distintas al paciente) que auxilian para poner fin a la vida de un enfermo crónico o en estado terminal, a solicitud del propio paciente. Este tipo de eutanasia, suele equipararse al suicidio asistido, esto es porque el paciente no siempre depende de un tratamiento invasivo y continuo, y debido a su condición, puede o no, estar en aptitud de causarse la muerte por sus propios medios.

El auxilio al que se hace referencia, consiste en allegarle, acercarle los instrumentos para que su tránsito no sea doloroso, violento ni indigno, e incluso, si fuera el caso, en aplicarle los fármacos necesarios para ese efecto, si el paciente no puede valerse por sí mismo.

2.5.3. Por su intención

2.5.3.1. Eutanasia directa. Esta eutanasia es directa por cuanto se basa en la intención clara y consenciente del agente de producir la muerte a quien sufre un mal incurable e insoportable, esto además se refleja en los medios certeros utilizados,

como, por ejemplo, inyectándole una dosis mortal de morfina, desconectando el oxígeno que lo mantiene con vida, entre otros.

2.5.3.2. Eutanasia indirecta o lenitiva. Se basa en el no querer la muerte del paciente, pero el agente tiene conocimiento de que la consecuencia del tratamiento proporcionado, aunque con el fin de aliviar o paliar los dolores y sufrimientos del paciente, terminan acortando su pronóstico de vida. Implica la administración de medicamentos o la aplicación de técnicas al paciente, con el fin primordial de mitigar sus sufrimientos, a pesar de que los efectos secundarios de dicho tratamiento o técnica, es ineludible el acortamiento -no la terminación- de su vida. Entonces se habla de una muerte no querida, pero necesaria para brindar calidad de vida al paciente, esto en la medida de lo posible.

2.5.4. Por su voluntariedad

2.5.4.1. Eutanasia voluntaria. La voluntariedad está referida al paciente, por cuanto, el paciente que adolece un mal incurable, crónico o degenerativo y además doloroso y hasta denigrante, en pleno uso de sus facultades psicológicas, de manera expresa y consciente, de forma verbal o escrita, manifiesta su voluntad de morir. Por lo que se considera que esta es la eutanasia propiamente dicha o la denominada “genuina”. Así, la voluntad del paciente es lo determinante, el cómo, es secundario, por cuanto se puede realizar a través de una acción (suministrándole medicamentos que le causan la muerte) o una omisión (suspendiendo el tratamiento médico que lo mantiene con vida).

2.5.4.2. Eutanasia no voluntaria. Cuando el paciente, no ha expresado su voluntad previamente y ha alcanzado un estado de salud física y/o psicológica en el que no es capaz de entender la opción entre la vida y la muerte, (cuando hay pérdida total e irreversible de la conciencia, cuando el enfermo se encuentra en un estado comatoso irreversible, cuando es un enfermo mental, etc.); entonces, se aplica la eutanasia no voluntaria.

2.5.4.3. Eutanasia impuesta. Esta eutanasia se impone, por cuanto no importa si la persona decidió seguir viviendo o no, o tal vez ni siquiera le preguntaron, aun a pesar de tener la capacidad de consentir en su propia muerte. Un ejemplo de este tipo de eutanasia autoritaria, la encontramos en el régimen Nazi, donde se dirigía y aplicaba la eutanasia, contra niños deformados, enfermos mentales incurables

y ancianos, porque significaban una vergüenza para la teoría nazi. A estos seres humanos que pertenecían a las categorías condenadas, se encontraban en asilos, hospitales y guarderías, de donde los seleccionaban los equipos gubernamentales, para luego trasladarlos a los denominados centros de recolección; y finalmente imponerles la eutanasia, que generalmente se realizaba por medio de inyecciones intravenosas. Los datos brindados nos informan que más de 275000 ancianos, dementes y enfermos incurables, habían sido exterminados a finales de 1941.

2.6. Eutanasia en el Derecho Comparado

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sobre el caso *Pretty vs. El Reino Unido* del año 2002, desestima la demanda de la mujer demandante que sufría una enfermedad de tipo neurodegenerativa, siendo que sus argumentos giraban en torno a la consideración de que la prohibición del suicidio asistido resultaba lesiva de muchos derechos fundamentales que recoge el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así pues, este Tribunal consideró que el derecho a la vida no posee el contenido necesario para afirmar y defender el derecho a “no vivir”; además, aclaró que el deber del Estado, frente al bienestar y buen trato hacia sus ciudadanos, radica en brindar las herramientas necesarias, al ciudadano, para combatir o tratar su enfermedad, afirmando, finalmente, que no hay un derecho contemplado por el Consejo de Europa que reconozca el derecho a decidir cuándo y cómo terminará con su vida.

Más tarde, en el caso *Gross vs. El estado de Suiza*, se reinterpreta el derecho a la autonomía que permite a las personas el decidir el fin de su existencia. Este caso lo promueve una mujer de aproximadamente 80 años, quien es capaz de ejercer todas sus facultades, procurando no llegar al momento en que deje de poseerlas. Este caso denunciaba el hecho de que la normativa suiza acerca del presupuesto que ha de cumplirse para poderse prescribir el “pentobarbital sódico” constituye una lesión clara al Artículo 8° del Convenio, de modo que se obligó al estado de Suiza a adaptar su legislación a favor de una regulación que regule más detallada y ampliamente el tema del suicidio asistido.

En 2015 se dio a conocer la sentencia del caso Lambert vs. El Estado de Francia, siendo que el Tribunal aclaró su perspectiva con respecto al denominado “derecho a morir con dignidad”, cuando resolvió el caso de una menor en estado de coma permanente, cuando el estado de Francia decidió retirarle la hidratación y nutrición según los Derechos de los Pacientes y del Final de la Vida (2005), a fin de combatir la “obstinación terapéutica”, aludiendo que este acto incurrió en tratos inhumanos. Sin embargo, el Tribunal considera que el estado de Francia hizo lo correcto respecto a la obstinación terapéutica, dado que no solo confluyen los supuestos de inconsciencia irreversible, sino también el de la voluntad de la persona cuya vida está comprometida, aunque no de manera expresa y fehaciente por completo, lo que, asimismo, fue una observación para aquellos miembros del Tribunal que no concordaron con la decisión.

En el 2018, se expuso las razones de la decisión del TEDH acerca del caso Gard vs. El Reino Unido, por cuanto la familia de un menor de edad denuncia el trato inhumano hacia su menor hijo, a quien el Estado le retiró las medidas terapéuticas que lo mantenían con vida tras haber despojado a los padres de su custodia. En este caso, la Corte declaró inadmisibile el recurso, entendiendo que, siendo el objetivo de los padres el someter al menor a tratamientos experimentales, solo prolongaría su sufrimiento, concluyendo que, en cualquier escenario, los derechos del menor primarán sobre los de los padres. Así, el proceso dictaminó, en conclusión, que el Hospital podía retirar los aparatos de asistencia vital al bebé enfermo Charlie Gard.

Ya en nuestro continente, aunque un poco más al norte, en Canadá, su Tribunal Supremo ha emitido algunas sentencias con respecto al derecho a una muerte digna, siendo que, así como con el Tribunal Europeo, este Tribunal también ha ido cambiando su perspectiva al respecto.

Así, encontramos el caso Rodríguez vs. Atorney General, del año 1993, en donde se desestima el recurso que presenta una mujer que sufre de una enfermedad neurodegenerativa, quien afirmaba que, el suicidio asistido, tipificado como delito en el CP de Canadá, resultaba lesivo al derecho a la libertad, a la vida y a la seguridad personal, además de ser contrario a la igualdad, no discriminación y a la prohibición de ejercer tratos degradantes o inhumanos.

En este caso, el Tribunal concluyó que la prohibición del suicidio asistido sí podía interferir con la autonomía personal, pero, a su vez, que su tipificación obedecía a los principios de justicia fundamental que servían de parámetros para su ejercicio de acuerdo a su Constitución, enalteciendo el de la “santidad de la vida”.

En Carter vs. El Estado de Canadá del 2015, una mujer con estenosis espinal, quien buscó el suicidio asistido en el país de Suiza, sostuvo que la prohibición del suicidio asistido era contraria a la expresión de los derechos humanos constitucionales acerca de la vida. Se destaca que la mencionada “santidad de la vida” no constituía un parámetro de justicia fundamental, sino como un principio social que procuran la proporcionalidad, imparcialidad y correcta amplitud respecto a los términos que rige.

Es en esta sentencia en donde se evidencia la influencia de una corriente moderna respecto a la concepción de los derechos o principios que se desprenden del derecho a la vida, por cuanto es a causa de este pronunciamiento que se insta al legislativo a adaptar el tratamiento que se le venía dando al suicidio asistido, haciéndolo más amplio y detallado a favor de los pacientes que den su consentimiento por verse inmersos en cuadros graves o irremediables de enfermedad o incapacidad, lo que traiga como consecuencia un sufrimiento continuo que lo haga insoportable para el paciente.

En el Derecho comparado, abordaremos conforme a las definiciones y clases de la eutanasia -activa y pasiva-; a aquellos países que han tenido a bien reconocerla, ya sea través del cambio en su regulación interna o a través de la jurisprudencia y con ello, denotaremos dos características importantes como son la que advierten J. Carpizo y D. Valadés (2010) cuando señalan que: “Uno de los aspectos jurídicos relevantes que se advierte en materia de eutanasia, es que el mayor desarrollo proviene de la actividad interpretativa de los tribunales.”(p.91)

Ellos mismos indican que hay casos en los que la legislación ha precedido la acción de los tribunales, pero solo son algunos casos, en un porcentaje reducido.

2.6.1. Eutanasia pasiva

- **Albania.** La Ley de los Derechos de los Pacientes Terminales, de 1995, permite que los pacientes en estado terminal sean asistidos para concluir su vida con el menor sufrimiento posible.
- **Alemania.** El 1 de septiembre del 2009 entró en vigor un decreto que reforma el Código Civil. De acuerdo con esa reforma, es posible dictar una declaración anticipada de voluntad respecto de un tratamiento médico. La norma alemana adopta los estándares en la materia, aunque acentúa aspectos como la revocación informal de la voluntad (artículo 1901, ha reformado del Código Civil). Esta circunstancia abre la posibilidad de una intervención judicial, para determinar los casos en los que alguna persona haga saber a la autoridad, que el otorgante de la voluntad expresó su deseo de revocarla.
- **Austria.** En 2006 el parlamento austriaco adoptó una ley para regular la declaración anticipada de voluntad. Conforme al modelo que se ha ido haciendo común, el derecho de las personas se basa en su dignidad y en su consecuente autonomía vital. La decisión debe ser tomada sin coacción física ni psicológica, y queda sin efectos, si su contenido es contrario a disposiciones penales en vigor, o si el estado de la ciencia médica ha avanzado con relación al momento de haber sido dictada, y hace posible un desenlace distinto del que quiso evitar el paciente.
- **Argentina.** En Argentina la eutanasia pasiva no está regulada por ley, sino prevista en el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, del 2001. El capítulo 34 de ese Código tiene como epígrafe “De la eutanasia y del suicidio asistido”. Conforme a los artículos 546 y 548, el paciente terminal “tiene derecho a una muerte digna, con la asistencia terapéutica (...) para evitar el sufrimiento tanto físico como síquico”, pero en todas las circunstancias se debe respetar la autonomía del paciente, con excepción de los menores de edad y de los discapacitados mentales, en cuyo caso se requiere la participación de sus representantes. El paciente terminal tiene derecho a evitar el ensañamiento terapéutico, pero el suicidio asistido queda prohibido.
- **Estados Unidos** En términos generales, las disposiciones de voluntad anticipada, rigen para el caso en el que la persona otorgante se encuentre en

estado calificado como terminal, por un equipo médico competente, y no tenga capacidad mental para participar en las decisiones terapéuticas que le sean aplicadas. Mediante la decisión que haya tomado con antelación a esa circunstancia, la persona puede prescindir de un tratamiento que sostenga su vida. En ese documento, siempre revocable, se pueden prever los tratamientos aceptables y los no aceptables por parte del paciente (J. Carpizo, D. Valadés, 2010, pp. 113,114,115 y 120)

Desde finales del siglo XX se promovieron diferentes cambios legislativos relativos al suicidio en alguno de sus estados, pero la mayoría no llegó a prosperar. Destaca la legalización del suicidio médicamente asistido en el estado de Oregón tras la aprobación definitiva en 1997 del “Acta de Muerte con Dignidad (Death with Dignity Act)”, siendo una de las administraciones con mayor recorrido al respecto. Al día de hoy, el suicidio asistido es legal en otros ocho estados: Washington (2009), Montana (2009), Vermont (2013), California (2016), Colorado (2016), Hawái (2018), Nueva Jersey (2019) y Maine (2019). (Guijarro Castro, C., García-Ramos García, R., & Escamilla Sevilla, F., 2021, P. 11)

- **En Europa**, a excepción del caso suizo, ha seguido otro camino en las últimas décadas. Más allá de despenalizar la colaboración al suicidio en determinados supuestos, se han aprobado leyes específicas para regular la eutanasia. El estado con mayor experiencia es Países Bajos. Aunque inicialmente el suicidio médicamente asistido, era punible en este país, a raíz de diversos casos en las décadas de los 70 y 80, los tribunales fueron elaborando unos requisitos por los que un médico no sería juzgado por asistir en la muerte voluntaria de determinados pacientes. Esta flexibilidad obligó a emitir una serie de reglas de conducta y procedimientos de notificación, hasta la aprobación en abril del 2002 de la ley conocida como “Acta de terminación de la vida a petición propia y de suicidio asistido (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding)”, convirtiéndolo en el primer país del mundo en legalizar la eutanasia propiamente dicha. Bélgica (septiembre de 2002) y Luxemburgo (2009) aprobaron leyes con un modelo muy similar al neerlandés. (Guijarro Castro, C., García-Ramos García, R., & Escamilla Sevilla, F., 2021, P. 12).

2.6.2. Eutanasia activa

- **Bélgica.** En Bélgica la eutanasia activa fue legalizada en el 2002, muy poco después de que se hiciera otro tanto en Holanda. La Ley la define como la “terminación intencional de la vida de otra persona, a solicitud de quien se verá privada de la vida”. Los supuestos legales para practicar la eutanasia son, que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, y tenga capacidad legal y conciencia en el momento de hacer la petición; que la petición sea voluntaria, bien meditada y reiterada, sin que medie presión externa, y que el paciente se encuentre en una condición precaria, sometido a un sufrimiento constante e insoportable que no pueda ser aliviado, como consecuencia de una enfermedad incurable o de un accidente. La Ley determina también, que el médico que participe en la fase eutanásica sea independiente del paciente. (J. Carpizo, D. Valadés, 2010, p. 91 - 92)
- **Colombia.** Sobre el caso de Colombia, la mejor compilación sobre toda información relevante con respecto al tratamiento de la eutanasia, la ofrece Eduardo Diaz Amado, quien elabora una investigación al respecto, titulada “La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas”; en donde describe aquello a lo que Guijarro Castro, C., García-Ramos García, R., y Escamilla Sevilla (2021) llaman “el caso particular de Colombia”, ya que lo curioso de esta situación es que un ciudadano, José Eurípides Parra, quien muy alarmado por la posibilidad de la despenalización del aborto, consideraba que acabar con la vida, del modo o motivo que fuese, era igual de condenable, por lo que la contemplación de un homicidio piadoso con una pena tan benevolente no era posible, por lo que decidió judicializar dicho pedido en 1997, el cual llegó hasta la Corte Constitucional; obteniendo como resultado algo inesperado -al menos para él-; fue así que un caso particular, por cuanto a diferencia de lo que uno podría esperar, es que un ciudadano judicialice el tema buscando que se sancione drásticamente el homicidio piadoso; sin embargo obtenga como resultado todo lo contrario; es así “ (...) que a raíz de una apelación particular por la permisividad del “homicidio por piedad” en su Código Penal, en 1997 la Corte Constitucional no solo lo ratifica, sino que lo despenaliza. Sin embargo, no es hasta 2015 cuando el Ministerio de Salud estableció unos criterios y procedimientos para garantizar el derecho a la muerte digna, sin existir todavía

una ley específica al respecto.

En 1997 la Corte de Colombia consideró que la eutanasia activa es un derecho del paciente. Sus razonamientos representan un ejemplo de la tarea constructiva del derecho a cargo de un tribunal constitucional. El artículo 326 del Código Penal dispone: “El que matare a otro por piedad para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años de cárcel” (J. Carpizo, D. Valadés, 2010, p. 93)

- **Canadá** sería el último país de América en regular la muerte asistida, comenzando en la provincia de Quebec en 2015 y haciéndose extensible a todo el territorio en 2016. (Guijarro Castro, C., García-Ramos García, R., & Escamilla Sevilla, F., 2021, P. 11).
- **Estado Unidos.** En Estados Unidos la Suprema Corte se ha pronunciado en contra de la legalización de la eutanasia activa. Sin embargo, en el ejercicio de las facultades que le confiere la estructura federal de la Unión Americana, los estados de Oregón y Washington cuentan con legislación sobre la materia. (J. Carpizo, D. Valadés, 2010, p. 96)
- **Holanda.** En 2001 culminó en Holanda un largo proceso para despenalizar la eutanasia activa. Conforme a las reformas penales, dejó de considerarse delito la terminación de la vida con asistencia médica, en las circunstancias que la propia legislación precisó. Con antelación a la reforma, los artículos 293 y 294 del Código Penal castigaban el suicidio asistido; empero, existían precedentes judiciales y una extendida práctica médica, que culminaron en un acuerdo celebrado entre el ministerio de justicia y la Real Asociación de Médicos, conforme al cual se abrió un margen oficial de tolerancia para numerosos casos de eutanasia activa. (J. Carpizo, D. Valadés, 2010, p. 105)
- **España.** J. Carpizo, D. Valadés (2010) señalan: “En 2002, conforme a las disposiciones del Convenio de Oviedo, en España fue aprobada la Ley de Autonomía del Paciente. De acuerdo con el artículo 2.4, todo paciente o usuario de los servicios de salud, públicos y privados, tiene derecho a negarse a recibir un tratamiento, “excepto en los casos determinados en la Ley (p.11); y esto no deja de ser cierto, pero dichos autores clasificaron a España dentro del grupo de los países que aplican la eutanasia pasiva y esto es debido a que ellos publican su texto en el 2010 y recientemente en marzo del 2021, se aprueba en España la LO 3/2021, que consiste

en la regulación de la eutanasia, por cuyos fundamentos, España ahora pasa a la fila de los países que aplican y además regulan la eutanasia activa.

Frente a casos que generaron la conmoción social, en España se aprobó la ley de la eutanasia.

En trece páginas se ha publicado la Ley Orgánica 3/2021 en España, donde se oficializa y legaliza la eutanasia; así en el Boletín Oficial del Estado, publicado el 25 de marzo del 2021, en la sección 1, página 34037; empiezan las disposiciones generales de la Jefatura del Estado que definen la Ley Orgánica 3/2021, del 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Cabe señalar que, sobre los sostenido en el preámbulo de dicha ley en torno a los tipos de eutanasia pasiva y activa, serán analizadas en líneas posteriores; lo que aquí nos importa es el hecho de señalar que dicha ley (2021): “(...) pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia.” La LO, es pues el resultado de hechos concretos que se han venido dando en España y los casos a los que se hacen alusión por la publicidad que estos tuvieron son los casos de María José Carrasco, Maribel Tellaetxe o Luis de Marcos, que solicitaron la eutanasia, pero hay que tener en cuenta que los familiares de ellos mismos, jugaron un rol muy relevante. Es así que la exministra de sanidad, María Luisa Carcedo, que fue la ponente de dicha ley, usó frases de las personas que habían pedido la eutanasia, como retrata el diario El País (marz.2021), de España al citar las palabras del hijo de Maribel Tellaetxe: “En este país contraer una enfermedad terminal degenerativa al parecer es delito. La condena que te imponen es un final cruel y doloroso desprovisto de toda integridad y dignidad”. Estas palabras chocan las fibras y son una denuncia al estado por permitir el sufrimiento y dolor de Personas con tetraplejia, con alzhéimer, cáncer terminal; etc. Los dolores que hacen gritar a los pacientes, rogando por su muerte, por lo insoportables de los mismos, cuya crueldad innecesaria de mantenerlos vivos a costa de la tortura de sus sufrimientos, por un deber cargado de historia religiosa y moralina hipócrita lesionan por completo el derecho a la vida, a la integridad física y moral de cualquier ser humano. Es así que España se han atendido los casos de quienes han exigido su derecho a morir dignamente y como resultado se ha obtenido LO 3/2021.

El objeto de la LO 3/2021, tiene el propósito de regular la aplicación de la eutanasia, en

cuatro aspectos:

- Condiciones exigidas
- Ayuda recibida
- Procedimiento
- Garantías que deben observarse

Así se tiene como requisitos o condiciones exigidas; que la persona que solicite la muerte asistida, tenga pleno conocimiento de su estado de salud, esto es que alcance a comprender su real estado de salud, comunicado por un equipo médico y que este informe debe constar en la historia clínica del paciente y libre de injerencias externas, por lo que su decisión debe ser autónoma y libre.

Así la ley establece las siguientes condiciones:

- Tener nacionalidad española o residencia en España, además de tener mayoría de edad, pero, sobre todo, estar capaz y consciente al momento de formular la petición para ser sometido a la eutanasia que es el suicidio asistido.
- Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico; aquí se proponen todas las alternativas de tratamientos, causas y sobre todo efectos, sintomatología; pero además a qué prestaciones el paciente tiene derecho según ley. Así podría entenderse que no es lo mismo sufrir de cierta enfermedad, cuando el estado te asegura un tratamiento que en algún sentido aliviará tus dolores, a que cuando no existen recursos o el Estado “no tiene la obligación legal” de hacerse cargo, como por ejemplo en nuestro país, cuando tienes el SIS, este no cubre el tratamiento por el cáncer y el ciudadano infeliz que no tiene está afiliado a ESSALUD, ni siquiera puede recibir el tratamiento, y si a esto le sumamos la precariedad de su situación socioeconómica; entonces vaya que la tortura se seguir vivo es más intensa y degradante.
- Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas. Aquí se cuida mucho que el pedido de la eutanasia no obedezca, ni aun arranque de ira o estado de depresión momentáneo del solicitante; menos a injerencia externa, por cuanto el pedido debe ser inminentemente voluntario y libre. Así el plazo es de 15 días entre solicitudes y está la exigencia de que éstas sean por escrito, a fin de dejar constancia; qué duda cabe que aquí surgirán algunas cuestiones concretas como el hecho de que

la persona aún consciente no esté en posibilidades de escribir y/o firmar, por ejemplo en el caso de un parapléjico o por la propia degeneración de su enfermedad, en tal caso, aquí podría interpretarse la norma y asegurar el dejar la constancia del pedido, a través de medios tecnológicos, como un video u otro; y es así como lo pree esta LO, por cuanto queda a discreción de médico determinar esta situación y dejar constancia en la historia clínica del impedimento de realizar el pedido por escrito del paciente, debido a sus condiciones médicas.

- Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable. Para ello es determinante conocer los efectos de la enfermedad, pues no es necesario llegar a padecer los peores síntomas de esta para recién solicitar la eutanasia, precisamente la figura de la eutanasia es un evitar dicho sufrimiento, por lo que el paciente debe estar correctamente informado de los efectos de la propia enfermedad y de los efectos de los posibles tratamientos. A fin de tomar una decisión conforme a dicha información. Además, que esta ley se asegura que la enfermedad que padezca el paciente sea realmente una de tal entidad que sea merecedora de la aplicación de la eutanasia

Hasta aquí el peso recae sobre los hombros del personal médico a cargo; pues es quién evalúa todo ello.

- Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente. Por último, se tiene el consentimiento informado, que evaluamos en la definición de la práctica médica de la eutanasia.

En cuanto a la ayuda disponible, la ley dispone que las personas que soliciten la muerte asistida cuenten con todos los medios y recursos necesarios materiales y humanos; para que puedan informarse, tomar la decisión y expresar su consentimiento y comunicarse con su entorno. De esta manera se garantiza que el paciente que solicite la eutanasia, pueda realmente hacerlo.

En cuanto al procedimiento, cabe resaltar que además del tema de plazos legales, se establece la verificación previa por parte de la comisión de garantía y evaluación.

La ley reconoce dos supuestos: La eutanasia (administración directa a la persona de una sustancia por parte de un profesional sanitario) y el suicidio asistido (prescripción o

suministro de una sustancia de manera que la persona se la pueda auto administrar). Ambos se activan, siempre y solamente, desde la petición de la propia persona interesada, siendo un reconocimiento mayor a la autonomía en el final de vida, más allá del consentimiento a las propuestas de cuidado paliativos. (Montserrat Busquets-Surribas, 2021, P. 266).

En cuanto al análisis de esta Ley es importante para el tema que nos ocupa resaltar, que en cuanto a los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir, en esta ley se preve en el numeral dos de este acápite; una situación posible, en la que el paciente no se encuentre bien de sus facultades mentales o no pueda prestar su conformidad libre, consciente y voluntariamente; esto, determinado siempre con una certificación médica, pero que cumpliendo el requisito de la enfermedad grave e incurable o padecimiento crónico al que hace referencia esta ley; el paciente previamente, tal vez mucho antes, o poco antes de entrar en esta situación que lo imposibilita a expresar ahora su voluntad; haya suscrito un documento de instrucciones previas, donde haya expresado ¹⁰anticipadamente su v; y es precisamente aquí donde se hace uso del “testamento vital”, u otros documentos equivalentes a este; entonces la ley prevee que en estos casos de voluntades anticipadas, testamentos vitales; se podrá prestar ayuda para la eutanasia.

2.7. Naturaleza Jurídica de la Eutanasia

Parto del preámbulo de la LO3/2021 de España, que reconoce que el debate de la eutanasia, se da tanto en el ámbito de la bioética como del derecho, y qué duda cabe que pretender reducir la discusión al ámbito del derecho, mutila el fundamento de humanidad que asiste a la eutanasia y el debate queda castrado; por lo que a raíz de la presente investigación se ha visto la necesidad de tocar dichos temas; sin embargo, sin desmerecer al derecho y su propia naturaleza, esta ley aprobada recientemente en España da cuenta de algo muy importante y es aquello que reconoce en su acápite del preámbulo, donde señala:

¹⁰ A lo que se refiere Montserrat Busquets-Surribas, es a lo que se desarrolla en la L.O.3/2021, Art.3, Definiciones, donde en su literal G, señala:) «Prestación de ayuda para morir»: acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades:
1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.
2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad. (LO 3/2021, marzo 2021)

Aquí el fundamento en derecho, que son derechos fundamentales, los derechos humanos a la vida y a la integridad física y moral; qué importante es resaltar que el derecho a la eutanasia tiene como fundamento el derecho a la vida y a la integridad física y moral; que es un reconocimiento de los derechos humanos y que en el preámbulo citado se hace alusión a los derechos fundamentales, como tales y como ya se ha estudiado, dichos derechos están reconocidos por la legislación interna de un Estado.

Cabe resaltar en esta situación, la exigencia de que sea la propia persona que padece el sufrimiento y que será sometida a la eutanasia, sea quien haga expresamente el pedido.

Como ya hemos desarrollado en el capítulo de la naturaleza de ellos derechos humanos, tomamos posición a favor de Santiago Nino, Manuel Atienza y Ronald Dworkin; que los derechos humanos son creaciones, artificios si se quiere como el mayor invento de la civilización; por tanto no son ni naturales, ni divinos, sino que son una creación humana y como tal surgen con el avance de la civilización; así el avance tecnológico ha hecho que muchas personas que en otras circunstancias naturales, ya hubiesen muerto; hoy prolongan su vida, alargando muchas veces el dolor y sufrimiento que estas padecen por el mal que las aqueja y frente a esto; hoy más que nunca se hace actual la necesidad del reconocimiento de la eutanasia como derecho humano y fundamental, ya que la cláusula de *numerus apertus* de nuestra Constitución, determina que es deber del Estado garantizar este derecho.

De todo lo que hemos desarrollado hasta el momento queda claro que, la solicitud expresa, espontánea, libre y autodeterminada, que realiza un enfermo cuyo mal crónico o terminal, le genera un dolor insoportable que lo somete a condiciones degradantes para su dignidad humana y afecta terriblemente su calidad de vida; por cuanto se ve mermada su integridad como ser humano, en sus tres dimensiones, física, psicológica y moral; para que se ponga fin a esta situación tan terrible; involucra, qué duda cabe, sus derechos fundamentales; sin embargo, cabe señalar si la eutanasia es un derecho fundamental.

Consideramos que la eutanasia sí es un derecho fundamental y humano, pero de carácter innominado, conforme al art. 3, referido a los Derechos Constitucionales, *númerus apertus*; a la letra dice: “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, (...).” Por cuanto la constitución lo garantiza ya que se funda en la dignidad del hombre; así se tiene que el hecho de que no esté reconocida taxativamente en nuestra constitución no significa que no sea un derecho fundamental máxime, si reiterada jurisprudencia del tribunal constitucional ha reconocido a la dignidad humana como el *prius* de los derechos fundamentales y sumado a ello, en el análisis que hemos desarrollado, se tiene que la eutanasia, tiene las características de los derechos fundamentales, o derechos humanos, que ha sido desarrollados líneas arriba, pero fundamentalmente porque está fundada en aquellos principios que se deben considerar para reconocer a un derecho humano, en nuestro caso a un derecho fundamental; que son los principios de dignidad, autonomía e igualdad.

2.8.¿Por qué la Eutanasia es un Derecho Humano?

Méndez Baiges, (2002), nos habla acerca de un derecho a morir con dignidad, lo cual constituiría hablar de un derecho que debe ser reconocido legalmente, -con ello, hace referencia al reconocimiento taxativo, expreso, positivizado en la ley- “a los individuos para que puedan tomar por sí mismos, algunas decisiones relativas a ciertos asuntos que atañen su propia muerte.” (, p. 51)

El derecho a la muerte que se defiende a través del derecho a la eutanasia, no trata de un derecho abierto a disponer sobre la propia vida; sino de un derecho en casos específicos, donde se establece el derecho a una muerte que no solo es buena -como alocución etimológica de la eutanasia-, sino además es digna, esto es morir con dignidad, mantener el respeto a la dignidad del individuo, hasta el último de sus días; y esta muerte digna, es un pedido expreso y consciente del individuo, en pleno uso de su autonomía y libertad.

Establecer un derecho a morir con dignidad, consiste por lo tanto, en garantizar legalmente que el que muere pueda tomar ciertas decisiones relevantes sobre su propia

muerte y que esas decisiones tuyas sean respetadas por todos los que se relacionan con su proceso de morir. (Méndez Baiges, 2002, p. 52)

Así el derecho a la muerte digna, que en la presente investigación consideramos como sinónimos¹¹, implica como hemos desarrollado primero el respeto a la vida en dignidad, que conlleva al respeto a la muerte digna. No se contraponen como algunos autores sostienen, sino que, por el contrario, son un complemento perfecto el uno del otro. Así el deber del Estado Peruano de la defensa de la persona y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del propio Estado, conlleva a exigir el respeto de la vida, mientras esta sea una vida de calidad y optimizada por la dignidad, de una vida dotada de salud necesaria como para poder autodeterminarse y proyectarse como persona, como individuo.

La integridad del ser humano, de la persona que padece un dolor que le produce sufrimiento intolerable, se ve claramente mermada, disminuida, deteriorada; y ello se conlleva al deterioro de la calidad de vida y de la dignidad humana. Eso es algo que nadie en su sano juicio lo puede negar. Y si a esto le sumamos el ejercicio de la autonomía de la voluntad, precisada, en el tema tratado, en la autonomía vital, donde la persona consciente y libre, decide determinar en qué condiciones y hasta cuándo está dispuesta a soportar un tratamiento médico o incluso que no está dispuesta a soportar ningún tratamiento médico, por el sufrimiento o dolor que soportarlo, significaría, por lo que atender la decisión autónoma, libre, consciente y voluntaria del individuo de acceder a una muerte digna, es hablar de la eutanasia.

No atender este pedido, significaría someter a la persona a tratos, crueles, inhumanos e incluso degradantes.

Por eso, y entendiendo esta categoría de esta manera tan general, nadie parece estar en contra de la existencia de un derecho a morir con dignidad. Pues aunque exista discusión acerca de las decisiones que pueden legítimamente incluirse en ese derecho y acerca del alcance de las facultades que se está dispuesto a considerar que lo integran,

¹¹ Si se desea, puede objetarse incluso, sobre los sinónimos absolutos, pero qué duda cabe que, al menos sí son sinónimos relativos; por cuanto podría haber otras situaciones, lejanas a la eutanasia, que también puedan ser consideradas muertes dignas.

todos parecen estar de acuerdo en admitir que, en principio, un derecho que garantiza la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica y religiosa, la dignidad, la intimidad personal o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en el proceso de morir, no puede considerarse contrario a los principios de la justicia ni ajeno a los preceptos constitucionales que dan forma a la tradición occidental. (Méndez Baiges, 2002, p. 53)

El autor de esta investigación es de la postura de que, en nuestro país, la eutanasia es un derecho innominado, conforme lo declara el art. 3 de la Const. De Derechos Constitucionales. *Numerus apertus*, que señala: “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”. Por cuanto emergen de otros derechos fundamentales como son, el derecho a la vida, el derecho a la salud, a la integridad -en sus tres niveles-, a la libertad; y que está garantizado por la optimización del principio de dignidad humana y los pactos internacionales que prohíben los tratos crueles, degradantes e inhumanos, así como aquellos que protegen la vida; pero principalmente porque se funda en la dignidad del hombre.

Así consideramos que conforme hemos venido argumentando, esto es dando razones, o fundamentos; la eutanasia cumple con todos lo necesario para su reconocimiento legal, ético y jurídico en nuestro ordenamiento, como derecho fundamental. Así se tienen además fundamentos de hecho, que nos hacen ver que, en la práctica, la muerte medicalizada, que es mantener con vida al paciente a través de ciertos medicamentos, para cuyo fin al final siempre sea morir, por cuanto saben que lo único que queda es procurar mantenerlo con vida. Esa medicación termina agravando, en muchos casos la situación de algunos pacientes, generándoles mayor dolor, por el propio avance de la enfermedad y que, por el avance de la ciencia y la tecnología, se insiste en darle la contra a la naturaleza y prolongar la vida del paciente, prolongando su sufrimiento.

En la publicación de derecho a morir dignamente, que realiza el 24 de agosto del 2020 Ascensión Cambrón, como profesora honoraria de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña) y presidenta de DMD Galicia, dice:

Del reconocimiento legal del principio de autonomía individual se deriva la obligación jurídica impuesta al personal sanitario de recabar el «consentimiento informado». Asimismo, esta atribución extiende a la persona enferma el derecho a «rechazar los recursos terapéuticos extraordinarios» y a expresar por escrito su «testamento vital» –living will–. Recíprocamente la autoridad pública está obligada a poner los medios necesarios para ejercer ese derecho y de vigilar su correcto ejercicio.

Así en nuestra legislación nacional se cuenta con la Ley General de Salud, Ley N° 26842, en la que en el art. 4, indica: “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”. Aquí se exceptúa en los casos de intervención quirúrgica de emergencia; además, en el art. 5, “Toda persona tiene derecho a ser debida y oportunamente informada por la Autoridad de Salud sobre medidas y prácticas de higiene, dieta adecuada, salud mental, salud reproductiva, enfermedades transmisibles, enfermedades crónico degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades y demás acciones conducentes a la promoción de estilos de vida saludable. Tiene derecho a recibir información sobre los riesgos que ocasiona el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción, la violencia y los accidentes.

Así mismo, tiene derecho a exigir a la Autoridad de Salud a que se le brinde, sin expresión de causa, información en materia de salud, con arreglo a lo que establece la presente ley.

A través de esta ley, se regula el derecho al consentimiento informado, que deben tener los pacientes y así mismo, la no obligación al sometimiento a un tratamiento médico, en contra de la voluntad del paciente.

3. Testamento Vital

A fin de entender cabalmente el testamento vital y el por qué en la presente investigación se trata a este como el vehículo más idóneo a través del cual la expresión de voluntad del

peticionante se hace efectiva; es necesario desarrollar previamente otros conceptos, con los que hay cierto reconocimiento en nuestra legislación interna; así como en otros países; así tenemos:

3.1. Voluntades anticipadas.

El concepto de “voluntades anticipadas”, es un concepto amplio pero definitorio, en tanto y en cuanto nos brinda una idea clara del instrumento público; a través del cual plasmamos nuestra voluntad.

Refiriéndose a esta necesidad- derecho de plasmar una voluntad a través de un instrumento público, para que se haga efectiva cuando uno ya no pueda expresarla, nacieron las voluntades anticipadas en los Estados Unidos, en la década de 1960, a través de living will (testamento vital) o de advanced directives (voluntades anticipadas) para referirse al instrumento en que se dejan escritas las instrucciones para seguir en caso de que la persona no pueda expresarse por sí misma (Blasco, *et al*, 2010, p. 464)

Mejía, nos señala cómo es que a mediados del siglo XX surgió el cambio del modelo de la relación médico paciente, pasando de una relación vertical, donde el médico manda y el paciente obedece; para convertirse en una relación horizontal, donde el personal médico está obligado a informar al paciente sobre su enfermedad y todo lo que ello conlleva, esto es alternativas de tratamiento, posibles consecuencias inmediatas y futuras, a fin de que el paciente, pueda analizar y decidir sobre cualquier medida de salud que afecte su calidad de vida ya sea temporal o permanentemente.

En las últimas décadas del siglo XX, es en Europa, donde surgen los primeros documentos -posteriormente en el continente americano-; en los cuales se busca proteger los derechos del paciente, donde se le reconoce el derecho a tomar decisiones en forma anticipada, con respecto a las medidas de salud que aceptaban o rechazaban, para que sean sometidos a ellas. Debido a que estos reconocimientos resultaban ser novedosos, estos documentos-instrumentos de voluntades anticipadas, surgen con distintas denominaciones en los distintos países, así se tiene, que surgieron con estos términos: Directivas anticipadas, Voluntades anticipadas, Testamento vital, Aspectos de autoprotección, Autotutela, Designación del propio Curador, la penúltima voluntad, entre otros.

En el proceso del desarrollo de estas voluntades anticipadas, se han considerado distintas formalidades, lo cierto es que estos mecanismos, lo que buscaban, era evitar que un tercero, en su caso el juez u otro; decida sobre el tratamiento al que el paciente debía ser sometido, debido a que este se encontraba imposibilitado -en ese momento-, de poder expresar su voluntad con respecto a ello.

3.1.1. Definiciones de las Voluntades Anticipadas.

Dentro de las definiciones de lo que son las voluntades anticipadas, encontramos estas que consideramos, son las más completas a fin de graficar lo que son las voluntades anticipadas. Así se tiene:

Morir con dignidad y, en determinadas circunstancias, poder planificar ese final por si llegara el caso (voluntades anticipadas), constituye un derecho esencial del ser humano. Las voluntades anticipadas cabe considerarlas una manifestación del derecho de autonomía del paciente, no ajenas a los cambios sociales y normativos que se han ido produciendo en las sociedades democráticas. (Nebot C., Ortega B., Mira J. y Ortiz L., 2010, p. 437).

En el caso, las voluntades anticipadas se plasman a través de un documento; a pesar de que, en sus inicios, las formalidades de las voluntades anticipadas -sea cual fuere el término a través del cual este se asumía-, eran variadas, así en algunos casos, bastaba con la certificación notarial; en otros era necesario un documento de escritura pública, en otros casos era necesario la presencia de testigos; en fin, las formalidades establecidas no eran uniformes.

Además, existe la necesidad de divulgar los derechos de los pacientes, el principio de la autonomía, entre otros y sobre todo de concientizar acerca de la necesidad de ello, tanto al personal médico como a la propia población; y en especial a los pacientes.

El documento de voluntades anticipadas es un documento escrito que refleja un acto de responsabilidad personal, siendo de especial ayuda en enfermos crónicos que pueden evolucionar hacia situaciones de dependencia y deterioro cognitivo. Los profesionales de la

salud deben conocer la legislación vigente en materia del principio de autonomía. Resulta esencial que den a conocer a sus pacientes la posibilidad de realizar este procedimiento. Es necesaria una tarea divulgativa y pedagógica ante los profesionales y la población general. (Arimany-Manso, et al., 2017, p. 35).

La plasmación de una autodeterminación, con responsabilidad del paciente, tienen que proyectarse en el tiempo, ante el peligro de que precisamente el transcurso del tiempo sea el escenario donde la enfermedad crónica o terminal, concrete su propósito mermando y deteriorando la salud del paciente, al punto de no permitirle expresar su voluntad en el momento en el que sea necesario aplicar o no algún tratamiento distinto sobre el paciente.

Las voluntades anticipadas se entienden como una proyección del consentimiento informado y de la facultad de autodeterminación decisoria en el tiempo. (Nebot C., et al., 2010, p. 438)

Así, por ejemplo, en España, el proceso de aparición del reconocimiento de las voluntades anticipadas, tiene como precedente normativo al Convenio de Oviedo, así a partir de enero del año 2000, las comunidades autónomas comenzaron a legislarlas, primero Cataluña, seguida por Galicia, Extremadura, Madrid, Aragón, La Rioja y Navarra. Dos años después, el gobierno de España promulgó la ley 41/2002, el 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (LBAP), la misma que ha tenido un desarrollo normativo posterior, en el resto de las comunidades autónomas regulando las voluntades anticipadas en su ámbito territorial. (Nebot C., Ortega B., Mira J. y Ortiz L., 2010, p. 438).

Las voluntades anticipadas, si bien es cierto, son un instrumento legal; pero eso no es menos importante que el hecho de que sean un instrumento ético, de convicción de hacer lo correcto y sobre todo de respeto hacia una persona que, por condiciones propias de su vulnerabilidad médica, no está para hacerse valer por sí misma y requiere estos instrumentos para que hagan valer su voluntad, incluso si ya no puede decidir. Cabe señalar, que es denominado instrumento, en tanto y en cuanto es una herramienta que sirve para la toma de decisiones clínicas, y sirve además para ayudar al paciente a que su voluntad con respecto a su tratamiento, sea respetado.

El documento de voluntades anticipadas es un documento escrito que refleja un derecho legal y ético que se fundamenta en el respeto a la autonomía del paciente. Si bien en España existe un gran desconocimiento general al respecto y subsiguientemente muy poca implantación, se trata de una herramienta para la toma de decisiones clínicas que puede ser de especial ayuda en enfermos crónicos que pueden evolucionar hacia situaciones de dependencia y deterioro cognitivo. (Arimany-Manso J., Aragonès-Rodríguez L., Gómez-Durán E., Galcerán E, Martín-Fumadó C., Torralba-Rosselló F., 2017, p. 40).

3.1.2. Voluntades anticipadas en el Perú

En cuanto a las voluntades anticipadas en el Perú, se hace necesario hacer el recuento de lo que nuestra legislación interna nos ha señalado en torno al reconocimiento de la capacidad como concepto jurídico; así la capacidad está vinculada a la categoría jurídica de sujeto de Derecho, de ahí que con ello se pretende limitar la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas. Así existe un reconocimiento sobre la capacidad de las personas-hasta entonces ignorada-, en el Código Civil de 1984, donde se señala que la persona es sujeto de derecho desde su concepción; además, reconoce esta categoría del sujeto de derecho, resulta inherente a la persona natural desde su concepción y durante toda la vida, así hoy podemos reconocer, la capacidad de goce¹² y la capacidad de ejercicio. Señala Mejía (2009), “(...) la capacidad ha estado orientada a la facultad de disposición del sujeto respecto de los bienes de su propiedad; esto es reconocerle la facultad de disponer, gravar, arrendar, aceptar derechos reales o los demás derechos patrimoniales y -solo de manera muy genérica- el cuidado de su persona (...) (p.18)”

Es importante cerrar esta idea con Vega Mere, quien indica: “El Código Civil, le otorga un tratamiento a la capacidad «bajo un único signo [...] la titularidad de derechos y deberes, en el caso de la capacidad de goce, y la posibilidad de ejercerlos autónomamente, en el caso de capacidad de ejercicio.»” (Vega, 1996, como se citó en Mejía, 2009, p. 18)

¹² Este principio, lo ubicamos en el art. 3°, de la siguiente forma: “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”

3.1.3. Características.

En general, los pacientes presentan una actitud favorable hacia el documento de voluntades anticipadas (DVA), por el cual pueden expresar su voluntad sobre aspectos relacionados con el final de la vida. (Andrés-Pretel F., Navarro Bravo B., Párraga Martínez I., García M., Jiménez del Val M., Hidalgo J., 2012, p. 570)

Con la creciente importancia que se da no solo a la salud, sino a la calidad de vida, parece haber un gran interés por el DVA, pero sigue siendo destacable el bajo número de documentos formalizados. Una mayor comprensión de este problema permitiría diseñar estrategias para mejorar la difusión de estos derechos entre los pacientes. (Andrés-Pretel F., Navarro Bravo B., Párraga Martínez I., García M., Jiménez del Val M. y Hidalgo J., 2012, p. 570)

3.1.4. Casos de aplicación

No existe un estudio serio, con respecto a los casos de aplicación de las voluntades anticipadas, sin embargo, se tiene la experiencia en la implantación de las voluntades anticipadas no es mucha.

En el Perú no se tienen investigaciones de este tipo, sin embargo, en España sí; así se tiene que:

Los estudios efectuados hasta la fecha han intentado delimitar cuáles son y cómo se comunican al médico las preferencias de los pacientes en la última etapa de su vida. En el caso concreto de España, se ha comprobado que entre los pacientes crónicos es escasa la información sobre voluntades anticipadas (un 19% conoce qué es el testamento vital) y son menos todavía (3%) los que han hablado con su médico de este tema. (Nebot C., Ortega B., Mira J. y Ortiz L., 2010, p. 438)

Un dato importante es el que recogen Nebot, Ortega y otros (2010), cuando señalan:

Sabemos que en la práctica hay fundamentalmente dos grupos de ciudadanos que formalizan las voluntades anticipadas: por un lado, personas que por motivos distintos a padecer una enfermedad otorgan voluntades anticipadas; por otro,

personas enfermas que desean realizar especificaciones en relación con su caso particular. En este estudio se ha observado que es más frecuente que sean las primeras quienes expresen sus voluntades anticipadas, normalmente preferencias ligadas a su confesión religiosa. En este caso se otorgan voluntades anticipadas para rechazar determinados tratamientos. En el resto, el motivo fundamental para otorgar voluntades anticipadas es no padecer dolor y limitar el esfuerzo terapéutico llegado el caso. Tanto es así que, probablemente por el miedo al sufrimiento, se prefiere el hospital antes que el propio domicilio, pensando que en el primero pueden aplicarse tratamientos más eficaces para aliviar el dolor. (p. 444).

De este fragmento, queda claro que las voluntades anticipadas, no solo están reservadas para los pacientes que padezcan alguna enfermedad; de ahí que el término de voluntades anticipadas es genérico, en tanto y en cuanto abarca, al menos, a estos dos grupos, ambos hacen uso de las voluntades anticipadas; pero, el hecho de padecer alguna enfermedad, no es un requisito *sine cuanon* para hacer uso de las voluntades anticipadas; sin embargo eso no excluye a quienes padeciendo la enfermedad crónica o terminal, decidan hacer uso del otorgamiento de voluntades anticipadas a efectos de evitar algún tratamiento, sea por criterios de conciencia o por evitar padecer el dolor, sufrimiento y denigración como ser humano que significaría mantenerse con vida.

3.2.La Autotutela.

Otra nominación de esta institución jurídica, o estos pedidos anticipados, es la “autotutela”, así señala Mejía, que “En los países con sistema jurídico de origen romano-germánico encontramos que, bajo el mismo concepto jurídico, se utilizan diferentes denominaciones, tales como autotutela, tutela voluntaria, voluntades anticipadas, poderes preventivos, autodelación de la tutela y autoprotección, entre otras. (Mejía, 2009, p. 145)”.

Una preocupación común de estos pedidos anticipados, es el hecho de que la, persona llegue a un momento y situación de su vida en la que se declare su incapacidad jurídica, esto es que no pueda expresar su voluntad; así Crehuet del Amo, como se citó en Mejía (2009) definió la autotutela en los siguientes términos:

“Es la guarda de las personas y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto, antes de haber incidido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí

mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que debe de ser capaz” (p. 149).

Con la misma preocupación sobre el hecho de quedar incapacitada¹³ a futuro, una persona, con pleno uso de su capacidad jurídica y autonomía; prevé la designación de un tutor, el cual sí debe gozar de capacidad. Dicha designación siempre ha de ser al momento en el cual la persona que prevea su incapacidad futura, goce de plena capacidad jurídica, reconocida por su legislación, para poder designar su tutor y/o señalar quién no puede ser su tutor.

Pedro Silva Ruiza, notario de Puerto Rico, define la autotutela como:

“La posibilidad de que una persona mayor para el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)” (Silva, 1998, como se citó en Mejía, 2009, p. 150).

3.2.1. Naturaleza Jurídica de la Autotutela.

Mejía (2009), nos dice que, a efectos de poder entender la figura de la autotutela, se establecen semejanzas y diferencias con otras figuras jurídicas; así se tiene que, si bien es cierto, la autotutela, está reconocida dentro del Derecho de Familia y se produce en virtud de una declaración de voluntad dirigida a la creación o modificación de una relación jurídica, sin embargo, acepta su posible contenido patrimonial

Así mismo hace la semejanza de su naturaleza jurídica, por el parecido a la naturaleza jurídica del mandato y el testamento; es más, nos indica que la podría aceptarse que es un mandato sui generis, por cuanto no se extingue con la incapacidad el mandante- como lo tiene estipulado el inciso 3 del artículo 1801° del Código Civil- sino que más bien adquiere vigencia a partir de ocurrida la incapacidad del mandante. (Mejía, 2009, p. 152).

La autotutela tiene similitud con el testamento, en cuanto a ambas son estipulaciones de la persona en ejercicio del derecho de su libertad para ser cumplidas cuando el otorgante no pueda ejercerla directamente. (...) La gran diferencia está en que, en el testamento, el

¹³ Esto está referido al sentido de la capacidad jurídica.

cumplimiento de las estipulaciones ocurre a la muerte del testador y en la autotutela se presenta en circunstancias en, que encontrándose vivo, no tenga capacidad suficiente para autogobernarse. (Mejía, 2009, p. 153).

La autotutela se diferencia tanto del testamento como de la designación del albacea. Esto es porque la primera es un negocio jurídico que se ejerce entre personas vivas, mientras que los dos últimos son actos mortis causa. (Mejía Rosasco R., 2009, p. 154).

No obstante, las diferencias señaladas, encontramos una analogía: el testamento y la autotutela son documentos mediante los cuales el otorgante establece disposiciones que serán ejecutadas por un tercero, cuando él no pueda hacerlo por sí mismo. Ambos son documentos con estipulaciones anticipadas para ejecutarse en un futuro y ante una situación previsto por el otorgante. (Mejía., 2009, p. 154).

3.2.2. Características de la Autotutela.

Con las características de la autotutela, se pueden la autotutela, esta termina de perfilarse y definirse a sí misma, aclarando su naturaleza; así se tiene que, en tanto negocio jurídico, presenta como más destacables características las siguientes:

- **Intervivos.** - Es eficaz en vida del titular, no para después de su fallecimiento. Esta es su principal diferencia con el testamento (...).
- **Unilateral.** – Se perfecciona en su origen y existencia con la sola expresión de la voluntad del otorgante, procedes *ex uno latere*. No requiere aceptación de los designados.
- **Recepticio.** – Sus efectos se producen con la aceptación del designado. No existe obligación de la persona elegida para cumplir con el encargo de representación y administración legal de la persona a partir del momento que se encuentre incapacitada.
- **Individual y personalísimo.** – El titular es el único que puede ejercitar este derecho, porque expresa las intenciones, preocupaciones, intereses y preferencias de lo más íntimo de la persona. Su contenido es la expresión del proyecto de vida individual, especialmente de como desea ser tratado por otros cuando se encuentre en estado de incapacidad. Esto determina que no sea un acto delegable a un tercero.

- **Principal.** – Posee sustantividad propia, sin dependencia de ningún otro.
- **Revocable.** – El otorgante puede revocar la autotutela designada previamente a que se produzcan sus efectos, mientras tenga capacidad; e, incluso, después de ser ejercida por el designado, una vez que el otorgante recupera la capacidad. Comprobada la incapacidad, solo el juez podrá revocar la designación en casos excepcionales, en procura del mejor interés para el otorgante. Las características de la autotutela, que han sido señaladas, son reconocidas por la doctrina y la legislación que la contempla.
- **Solemne.** – Se otorga solo por escritura pública que garantiza la comprobación de parte del notario de la existencia, capacidad, libertad, discernimiento y pleno conocimiento de las consecuencias del acto que va a realizar el otorgante al momento de expresar las estipulaciones de autotutela. (Mejía 2009, pp. 155 y 156).

3.2.3. Clases de autotutela

Mejía (2009), quien trabaja con respecto a estos temas, señala que la autotutela se sustenta, en el ejercicio del derecho de libertad de la persona. En este sentido, otorga la posibilidad a la persona de que, en el ejercicio de este derecho, prevea para su propia incapacidad las estipulaciones detalladas en forma mucho más amplia que la sola designación de su tutor, como lo establece el artículo 569° del Código Civil. Y que, debido a ello, es que podemos clasificar la autotutela, según su contenido y según las personas designadas, siendo así, se tiene:

3.2.3.1. Según su contenido:

- **Positiva:** Es el nombramiento de una persona como tutor para nuestra futura incapacidad.
- **Negativa:** Es la exclusión de determinada persona para el cargo. Esta puede ser la única declaración del futuro incapaz, o puede ser una negativa de designación adicional a la designación de persona cierta como tutor.

3.2.3.2. Según las personas designadas, en:

- **Singular:** La elección del tutor recae en una sola persona para que cumpla en forma total con la administración y representación del otorgante.
- **Plural:** Cuando se elige a varias personas para ejercer cada una, determinadas funciones requeridas por la tutoría a ser cumplida. Así, por ejemplo, el cuidado

de la persona en su salud, compañía y decisiones personales puede ser asignado a un familiar o cónyuge y la administración de los bienes y demás derechos patrimoniales a una persona de su entorno comercial. (p. 158).

3.2.4. Extinción de la autotutela.

La extinción de la autotutela se rige por los mismos principios regulados en la legislación civil para otras instituciones de similar naturaleza, tales como el mandato, el testamento, la designación de tutor del menor, el nombramiento de curador de persona mayor incapaz, en lo que resulte pertinente. (Mejía Rosasco R., 2009, p. 166).

Las causales de extinción de la autotutela son las siguientes:

- **Revocación del otorgante.** – En aquellos casos en que encontrándose ejerciendo la tutela designada, el otorgante recupera la capacidad y la revoca para asumir directamente el ejercicio de los derechos que le confiere su estado de capacidad.
- **Cumplimiento del plazo o de la condición para que el que fue designado el tutor.** – En los casos en que la autotutela haya sido encargada por un plazo determinado o mientras se cumpla con determinadas condiciones referidas a la persona del otorgante. Esto podría ocurrir hasta que, por ejemplo, un hijo llegase del extranjero a ocuparse del cargo, o mientras la persona se encuentre internada en el hospital, o cualquier otra establecida expresamente por el otorgante
- **Muerte del otorgante.** – Las disposiciones sucesorias son de aplicación a partir del fallecimiento del otorgante.
- **Decisión judicial.** – Como ya se ha mencionado anteriormente, ocurre en casos excepcionales y es de aplicación para situaciones que pudieran haber sido previstas expresamente por el otorgante al señalar las estipulaciones para su propia incapacidad, o por circunstancias imprevistas por él y que son evaluadas escrupulosamente por el juez en su misión de procurar lo mejor para el incapacitado. (p.p. 166-167).

3.3. Definición del Testamento Vital

Como hemos venido desarrollando, el testamento vital, es otra de las múltiples nominaciones que se han dado al tratamiento del pedido anticipado de los pacientes, con respecto a cuestiones médicas sobre su cuerpo y salud, así como otras situaciones diferentes a las médicas.

Así, Rodríguez, et al. (2021), señalan que: Las instrucciones previas o declaraciones de voluntad vital anticipada, también conocidas como testamentos vitales, surgen como forma de canalizar la voluntad de cualquier persona ante situaciones previsibles en las que su estado de conciencia le impida tomar decisiones vitales, en torno a la posible prolongación de su vida, aceptación o rechazo de técnicas o procedimientos terapéuticos, soluciones paliativas o destino de su cuerpo, órganos, tejidos o células una vez llegue su muerte. Con lo que, para ellos, la diferencia del nombre es lo de menos, porque la nominación es diferente, pero el tratamiento, el objetivo y el fin de estos instrumentos, son los mismos. Es cierto que aquí ya se restringe la idea de estos instrumentos señalados, por cuanto están reservados a cuestiones específicas, médico, clínicas de disposición del paciente en torno a su cuerpo y su propia vida.

El Testamento Vital es la traducción de la expresión “Living will”. Se le llama “testamento” (will) porque expresa deseo para el futuro, y “vital” porque la persona que lo ha firmado, está viva cuando este entra en vigor. (Yarleque-Cardoza, 2016, p. 11).

Así presentamos algunas definiciones del testamento, para posteriormente poder sustentar el por qué el autor de esta investigación, ha decidido por este instrumento como medio idóneo para el pedido de la eutanasia a futuro. El testamento vital es:

Aquel documento en el que una persona manifiesta sus deseos expresos acerca de los cuidados, tipo de asistencia, así como la iniciación o no de un tratamiento médico que desea recibir en el supuesto de que llegara a encontrarse en un estado de enfermedad irreversible o terminal que no le permite expresarse. (Yarleque-Cardoza, K., 2016, p. 11) Aquí Yarleque-Cardoza, adiciona que, para ello, es requisito previo, y consideramos nosotros, necesario; contar con información por parte del personal sanitario acerca del estado actual de su salud. Todo ello conlleva una declaración anticipada en la que lo fundamental es que el paciente exprese su voluntad previendo el momento en el cual ya no le sea posible manifestarla. Respecto a ello, Serrano, José, citado por Yarleque-Cardoza, afirma que:

“Los testamentos vitales pueden vincularse a dos causas. Por un lado, al desarrollo del consentimiento informado, efecto final del juego de la introducción de la idea de autonomía individualista en la medicina. Se trata de un

consentimiento informado previo, para el caso de que el paciente pierda la capacidad de manifestar su opinión sobre tratamientos en fases terminales o de pérdida de conciencia. Pero también el tópico de las instrucciones previas guarda relación con los temores generados en torno al encarnizamiento terapéutico y la prolongación de sufrimientos”

El testamento vital se define como el testamento de una persona para dar una orden expresa y anticipada, de no autorizar el uso de medidas para prolongar la vida, en caso de enfermedad mortal o lesión irreversible, es decir, el documento en el que una persona que utiliza plenamente sus facultades afirma que, si tiene una enfermedad terminal irreversible, autoriza expresamente que su vida no se prolongue artificialmente.

El testamento vital, es el documento en el que una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar después de haber perdido la capacidad de expresarse y decide el destino de sus órganos o su cuerpo después de su muerte.

El testamento vital, es un paso más allá en el respeto al principio bioético en la autonomía, y responde a la necesidad de que el paciente pueda reflejar su voluntad cuando por incapacidad no pueda manifestarla directamente. Antolín, A. Sánchez, M., Miró O. (2011).

3.3.1. El Fundamento del Testamento Vital

El fundamento del testamento vital radica en el reconocimiento de la autonomía del paciente. Este respeto va más allá de la situación de competencia del paciente, al permitir anticipar situaciones clínicas y sus correspondientes decisiones. El documento de voluntades anticipadas es un documento escrito que refleja un acto de responsabilidad personal, siendo de especial ayuda en enfermos crónicos que pueden evolucionar hacia situaciones de dependencia y deterioro cognitivo. Los profesionales de la salud deben conocer la legislación vigente en materia del principio de autonomía. Resulta esencial que den a conocer a sus pacientes la posibilidad de realizar este procedimiento. Es necesaria una tarea divulgativa y pedagógica ante los profesionales y la población en general Arimany-Manso, *et. al.*, 2017, p. 35)

3.3.2. Supuestos de Validez del Testamento Vital

- Garantizar la capacidad del cedente: El cedente debe ser una persona ante la cual el sistema legal reconoce la capacidad suficiente para actuar, por ejemplo, que sea mayor de edad, con capacidad jurídica, en ejercicio de su libertad o autonomía vital.
- Acreditar la concesión: Se prevén varias formas válidas de concesión, las mismas que deben estar especificadas en la ley especial, que planteamos; así pueden ser: delante de un notario, delante del responsable de un registro especialmente autorizado para este fin y delante de testigos. Nosotros consideramos que esto como negocio jurídico y por su calidad, debe realizarse frente a un notario público, y en presencia de mínimo, un testigo.
- Escrituralidad: El testamento vital, debe expresarse por escrito y es conveniente registrar la existencia de uno, en el archivo médico. No obstante, se consideran otro tipo de registros tecnológicos, como la filmación, que también podría ser parte del archivo médico.
- Obligatoriedad del representante: La figura del representante, consideramos que debe ser designado en el mismo documento; sin embargo, podría otorgarse además un poder especial. Así el representante, adquiere una parte fundamental, por cuanto él o ella, frente a la incapacidad del otorgante -posterior al otorgamiento del testamento vital- actuará como un interlocutor válido con el médico responsable y tomará las decisiones en nombre del paciente. La representación no es absoluta, por cuanto, existen restricciones contenidas en el poder o testamento vital, que deben reflejarse en el documento mismo. Se reconoce la capacidad de interpretar la dirección de las instrucciones. Es responsable de garantizar que el futuro se completará en el caso específico para el que fue otorgado.
- Destinatario y evaluador del Testamento Vital: El médico responsable, es el destinatario, pero el evaluador del documento, es el notario, sin embargo; en algunas regulaciones de otros países el médico responsable, también es el evaluador. Nosotros consideramos que el evaluador debe ser el notario, debido a que la labor, consiste en verificar su autenticidad, juzgar si los deseos expresados cumplen con el sistema legal y determinar si son contrarios a la ley o la buena práctica clínica y si corresponden a los hechos proporcionados por el paciente y estas son labores propias del notario, como profesional en Derecho.

3.3.3. Características

En cuanto a las características del testamento vital, Yarleque-Cardoza (2016), señala que “tendría como características el ser un negocio jurídico, unilateral, personalísimo, gratuito, solemne y revocable en el que lo fundamental es que el paciente exprese su voluntad previendo el momento en el cual ya no le sea posible manifestarla.” (p. 12).

Además, de lo señalado por Yarleque-Cardoza, consideramos que el testamento vital, que debiera ser otorgado a través de una escritura pública, tiene las siguientes características:

- Es un acto jurídico unilateral, por cuanto es una actividad individual y autónoma del otorgante, pues basta la voluntad y consentimiento del otorgante.
- Surte efectos a partir de la voluntad del otorgante, esto quiere decir que a partir de la firma del otorgante se perfecciona el documento.
- Es de carácter personalísimo, por cuanto el otorgante comparece por sí mismo
- Es un acto jurídico solemne, ya que para que sea válido, se somete a formalidades estrictas, como es el hecho de que el acto tiene que quedar registrado a través de un escrito al que el notario da fe y confiere autenticidad.
- Es un acto de disposición, sobre la propia salud y vida del otorgante.
- Es revocable, por cuanto desde que se firma, hasta antes de su aplicación, y/o antes de la pérdida de capacidad jurídica, o capacidad bio psíquica del otorgante, u alguna otra circunstancia que impida que el otorgante exprese su voluntad; el otorgante puede revocarlo.
- Es un acto jurídico *intervivos*, por cuanto el acto jurídico del testamento vital, surte efectos en vida del otorgante, no podría surtir efectos si el otorgante hubiera fallecido; por lo que, múltiples autores han venido a denominar al testamento vital como “penúltima voluntad”.
- Es un acto extrapatrimonial, porque su naturaleza corresponde a cuestiones de derechos personales y a la vez inapreciables en dinero. Qué duda cabe que el testamento vital, recae sobre derechos no patrimoniales como son la salud y la vida (en el supuesto de la eutanasia), del propio otorgante.

Además, cabe mencionar que Tur Faúndez, citada por Rodríguez Lain *et. al.* (2021), lo concibe como un “auténtico negocio jurídico en el que el otorgante en ejercicio de un derecho individual, de carácter personalísimo y dispositivo por parte del sujeto, emite una

declaración de voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud ante determinadas contingencias; y vincularían jurídicamente a su verdadero destinatario, el personal médico (...)”, por lo que Rodríguez Lain *et. al.*, suma a eso, el carácter de cierto modo recepticio de esta declaración de voluntad, por cuanto su eficacia jurídica está condicionada al cumplimiento de formalidades y condicionantes jurídicos que establezca la ley, en orden a su registro público; que en el caso refuerza la característica de solemnidad del testamento vital.

3.3.4. Regulación Positiva en la Jurisprudencia Comparada.

Son muchos los ordenamientos jurídicos que han incorporado a su legislación el testamento vital, pero no todos han alcanzado el mismo nivel de desarrollo y aplicación. A continuación, se hace un breve repaso de esta figura en algunos ordenamientos haciendo la distinción entre los estados americanos de los europeos. (Yarleque-Cardoza, K., 2016, p. 14)

3.3.5. El Testamento Vital en América

Estados Unidos, es la cuna del testamento vital pues es aquí donde se originó y se desarrolló. De modo que, en el estado de California en 1976 se aprueba por primera vez en el mundo, una ley que le faculta a una persona con capacidad suficiente el poder redactar instrucciones al personal médico respecto a los cuidados o tratamientos que desea o no desea recibir, en caso se presente la futura situación de encontrarse incapacitado de tomarlas, se trata de la futura situación de encontrarse incapacitado de tomarlas, se trata de la Natural Death Act. Actualmente tiene plena vigencia la ley Patient Self Determination Act, propuesta por el congreso americano en 1989, aprobada y publicada en 1990 y puesta en vigor desde 1991 hasta hoy. Esta ley es reconocida y tiene aplicación en todo el ordenamiento jurídico estadounidense, tal como lo establece en su Sección 2, en la que impone a todos los hospitales, centros de salud o instituciones similares que reciben ayuda del Estado, la obligación de proporcionar a todo paciente mayor de edad con plena capacidad psíquica para expresar sus deseos, información escrita acerca de cada uno de sus derechos, entre estos: el tomar decisiones propias sobre cualquier situación que atañe a su salud; el derecho de aceptar o rechazar cualquier tratamiento médico; elaborar sus propias directivas anticipadas o testamento vital; así como recibir toda la información

suficiente respecto a la normativa que regula todos estos derechos. (Yarleque-Cardoza, K., 2016, p. 14)

Así pues, este es el origen legal del testamento vital destinado como herramienta para expresar la voluntad sobre cualquier situación que implique su estado de salud; siempre sobre la base del conocimiento pleno, de las consecuencias y efectos de su enfermedad y sus tratamientos terapéuticos.

Yarleque-Cardoza, nos recuerda que, además del desarrollo de esta ley federal, Estados Unidos en la mayoría de sus estados, cuenta con normas propias referidas al testamento vital las cuales son acorde a las normas federales.

En Latinoamérica, el testamento vital se encuentra actualmente atravesando un proceso de reconocimiento legislativo. En América del Sur tienen particular transcendencia, el aporte que han hecho unos pocos países como la Republica de Uruguay, con la Ley N° 18.473 de Voluntad Anticipada del año 2008 y publicada en el año 2009.

En el Perú no existe una norma que regule el testamento vital, sin embargo, la Ley General de Salud 26842 de 1997 y sus modificatorias, así como también su Reglamento, expresan el derecho de los pacientes a poder elegir entre aceptar o rechazar cualquier tratamiento médico y que expresamente señala en su art.4° que nadie puede ser sometido a intervención quirúrgica o tratamiento médico, en contra de su voluntad, salvo excepción de emergencia; y siempre con el consentimiento informado. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú que, en su apartado acerca del respeto a los derechos de los pacientes menciona que, estos tienen derecho a: “Aceptar o rechazar un procedimiento o tratamiento después de haber sido adecuadamente informado, así como que también puede revocar su decisión en cualquier momento sin obligación de expresión de causa”. En su art. 72 hace mención a que, el médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico y debe tener en cuenta las directivas anticipadas de los pacientes en lo referente al cuidado de su vida, pero no dice nada más respecto a dicho tema. Yarleque-Cardoza, considera que, la falta de una ley que regule el testamento vital en nuestro país es debido a la ausencia de un caso con importante jurisprudencia como la de los casos Englaro y Shiavo y

además que se trate de un caso con relevancia mediática que conlleve a que dicha norma se propicie, tal como ha sucedido en la mayoría de países, en que esta figura jurídica ya es reconocida legalmente.

3.3.6. El Testamento Vital en Europa

En Alemania se introduce el testamento vital el 18 de junio del 2009, cuando el Bundestag aprobó la Ley sobre las Directrices Anticipadas que entró en vigor el 1 de setiembre del 2009 y que constituye una modificación del Código Civil Alemán. Según la norma aprobada, “Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts” (Tercera Ley de modificación de la ley de atención) lo que una directiva anticipada o testamento vital puede contener, es la voluntad del paciente sobre tratamientos médicos y psiquiátricos, cuidados básicos, tratamientos que sustentan la vida y de resucitación, también menciona el nombramiento de un representante o asistente quien deberá velar por el cumplimiento de la voluntad del paciente y en el caso de que este no pueda decidir, el representante será quien tome la decisión por él; para ello se deberá tener en cuenta diferentes criterios como las preferencias, declaraciones orales o escritas, convicciones éticas, religiosas, etc. del paciente. Del mismo modo, y para mayor seguridad se puede hacer consulta familiar

Bélgica, en febrero de 2014 aprueba la eutanasia en niños (siempre que mantenga una enfermedad terminal con fuertes dolores que la medicina no pueda paliar y siempre que cuente con la aprobación de los padres y sus médicos) y desde setiembre de 2002 promulgó la Ley relativa a la eutanasia, otorgando con ello, amplitud al contenido del testamento vital. La Ley relativa a los derechos de los pacientes N° 2002-08-22/45, “*Loi relative aux droits du patiente*, en su artículo 8 dispone, que el paciente tiene derecho de rechazar libremente cualquier intervención que se le informe previamente. Establece que se debe tratar de una persona con capacidad para ejercer dichos derechos, de acuerdo a los términos de dicha ley, y de rechazar algún tratamiento propuesto por su médico, debe hacerlo de forma escrita y específica y deben añadirse a la historia clínica del paciente, esta negativa deberá ser respetada desde ese momento, a menos que el paciente recupere su capacidad y desee revocarlo.

La regulación del testamento vital en España, se dio primero en el ámbito autonómico, teniendo su primera publicación en Cataluña con la ley 21/2000 del 29 de diciembre del 2000, la cual regula los derechos de información, autonomía y documentación clínica. Siguiendo el camino de Cataluña, otras comunidades autonómicas, aprobaron también sus respectivas leyes referidas a estos derechos de los pacientes, encontramos aquí a Galicia, Extremadura, Aragón, La Rioja o Navarra y posteriormente otras comunidades, produciéndose así una gran diversidad legislativa en todo el país de manera que existían diferencias en la protección de los pacientes dependiendo de la comunidad a la que pertenecieran, los testamentos vitales en este aspecto tenían también diferencias al momento de regularlos en cuanto a la forma y requisitos de éstos. (p. 22). Y las siguen teniendo actualmente.

En Reino Unido, no existe legislación respecto al testamento vital, sin embargo, es legal, y de hecho el colegio médico recomienda a los pacientes enfermos, suscribir una declaración previa indicando el rechazo a tratamientos médicos que solo prolongan la vida, de modo que una vez demostrada su inutilidad este puede ser retirado. (Yarleque-Cardoza, K., 2016, p. 20,21,22 y 28)

3.4. Naturaleza Jurídica.

Conforme señala Yarleque-Cardoza (2016):

En cuanto a su naturaleza, varios autores coinciden en que el testamento vital vendría a ser un negocio jurídico que tiene como características el ser unilateral, personalísimo, formal, revocable (y con ello se le asemeja al testamento ordinario) e inter vivos (mientras que el testamento ordinario es mortis causa) por medio del cual una persona capaz dispone para establecer disposiciones acerca de los tratamientos médicos que desea o no, que le sean aplicados en caso padezca de una eventual incapacidad futura. Es un negocio unilateral, porque proviene de una sola parte y no requiere de aceptación, consentimiento ni mediación de ninguna otra persona. Es personalísimo, ya que su formación se lleva a cabo por el propio interesado sin que pueda un tercero realizar este. Es formal, porque es necesario que esa declaración se manifieste acorde a las solemnidades o formalismos previstos para que pueda tener plena validez y eficacia en el ordenamiento jurídico. Es revocable, pero siempre que

la persona que haya emitido esa declaración, se encuentre en plena capacidad mental. Igualmente es un negocio inter vivos, porque produce sus efectos en la vida del interesado que en este caso es el paciente. (p.29)

3.5. Porqué Testamento Vital y no otra Nominación

Rodríguez, et al. (2021), nos da cuenta de la doble configuración del testamento vital, así se tiene:

- Como voluntad del paciente, que, frente a determinadas contingencias futuras, pueda decidir sobre ciertas medidas terapéuticas. Es así una Declaración de Voluntad con un alto grado de vinculación jurídica “es el que hace que tan correcto resulte hablar de instrucción previa como de testamento vital.
- Capacidad de disponer sobre su cuerpo, órganos o tejidos, cuando la muerte tenga lugar.

Son pues estas dimensiones que abarca el testamento vital. que además facultan a que se designe a un representante que asuma la responsabilidad de “garantizar la toma de decisiones atañan a la salud del representado cuando este no estuviera en condiciones de prestarla por sí mismo, o tomar decisiones sobre el destino de su cuerpo cuando la muerte tenga lugar”.

A diferencia de otras instrucciones anticipadas, el término testamento vital, es más restrictivo y específico, por cuanto este ha de ser utilizado para el contexto en el que una persona que esté sufriendo un determinado padecimiento crónico, grave o imposibilitante o enfermedad grave e incurable, lo cual sería el presupuesto objetivo del derecho a petitionar la ayuda a médica o prestación médica de ayuda para morir, eutanasia activa. Así este testamento vital, es vital en tanto se refiere en su contenido a cuestiones propias de la salud y la calidad de vida de la persona humana; así mismo, cabe resaltar que una escritura pública donde se perenniza la voluntad anticipada del otorgante que decide ante cualquier contingencia del proceso patológico que afronta, si este ya no se encontrara en la capacidad de hacerlo por sí mismo.

Además, que este es el término, a nivel mundial y que la doctrina mayoritariamente utiliza, por lo señalado.

CAPÍTULO II.

METODOLOGÍA

1. Tipo y Nivel de Investigación.

1.1. Tipo

Jurídico-Explicativo.

1.2. Por el Nivel de Profundización

Explicativa, en tanto busca descubrir las causas de la validez del testamento vital cuando se realiza como ejercicio de la eutanasia como derecho.

1.3. Por el Ámbito

Documental, pues, realizará un estudio sistemático de la doctrina y jurisprudencia vigente, y de campo, pues, se aplicará una encuesta a expertos.

1.4. Por su Finalidad

Aplicada, por cuanto utiliza la teoría para buscar soluciones a casos concretos.

1.5. Por su Ejecución en el Tiempo

Seccional o Sincrónica, por cuanto estudia esta situación problemática en un momento determinado que es en el 2021.

2. Objetivos

2.1. Objetivo general.

Explicar qué factores determinan la validez del testamento vital como ejercicio del derecho humano a la eutanasia.

2.2. Objetivos Específicos.

- Determinar los supuestos de validez del testamento vital

- Determinar la naturaleza jurídica de la eutanasia como derecho humano.

3. Hipótesis

3.1. *Hipótesis general*

Dado que, el testamento vital es una expresión legítima de voluntad del paciente crónico o terminal, es probable que este sea válido cuando se hace uso de él, en el ejercicio del derecho humano a la eutanasia.

La eutanasia es un Derecho Humano, que conforme a nuestra constitución en su artículo 3, formaría parte de los llamados derechos innominados, por cuanto su fundamento es la dignidad humana; además de que compartiría las mismas características de los derechos humanos y/o fundamentales, lo cual se sustentaría en el análisis de los principios base, de los derechos humanos; que son la dignidad, la autonomía y la igualdad.

Así el derecho a la eutanasia implicaría, como cualquier derecho humano, la característica de inalienabilidad, universalidad, relatividad, indivisibilidad e interdependencia, entre otros; que nos haría reconocer desde lejos a la eutanasia como un derecho humano.

Es en este contexto, donde se reconocería al derecho a la eutanasia como un derecho humano, que cuando una persona, esté en condición de paciente clínico terminal o con una enfermedad crónica, éste deba tener la facultad de ejercer su derecho de un pedido a la eutanasia, a través de un mecanismo idóneo que perennice su voluntad, para que ésta quede firme, en tanto y en cuanto, la voluntad del paciente ya no pueda ser expresada por las propias consecuencias de degradación de la enfermedad; por cuanto limitan sus funciones para poder expresar la voluntad, como por ejemplo en el caso de parapléjicos, personas con Alzheimer, o algunos cánceres que postrarán a la persona y le quitarán la capacidad de comunicación, esto es, que ya sea por el deterioro de las funciones psíquicas o biológicas, el paciente ya no podrá expresar su voluntad, y tal vez ni siquiera podrá comprender su voluntad. Esta facultad a la que hacemos referencia, deberá contar con un instrumento, cuyas solemnidades; hagan que pueda efectivizarse el pedido. Se propone al testamento

vital, como herramienta cuya validez debe ser reconocida, para que la voluntad de un ser humano en los últimos días de su existencia, sea válida, por el respeto irrestricto al derecho a la autonomía de la persona.

Dice Inmanuel Kant que el hombre (especie), es un ser en sí mismo, un fin y no un medio, las cosas tienen precio, pero el hombre tiene dignidad, sentencia. Este atributo que hace del hombre un ser especial, dotado de un poder, que lo hace digno; es el que le brinda la fuerza de luchar por una muerte digna. Así la eutanasia, la muerte digna, es la contracara de la misma moneda, que al ser seres dotados de dignidad, merecemos morir dignamente, y este ha de ser un derecho, por el simple hecho de ser humanos, y dentro del ejercicio de dicho derecho, tenemos la libertad, la potestad de elegir sobre el destino de nuestro ser, y comunicarlo ahora, porque sabemos que llegará el momento en el que producto del mal que nos aqueja, ya no podremos expresar la voluntad de ello. Así el testamento vital, se convierte en la herramienta idónea, para expresar nuestra voluntad de disposición sobre nuestro cuerpo, cuando llegado el momento ya no podamos expresarnos; es entonces el testamento vital, una herramienta que optimiza el derecho humano de la eutanasia, la muerte digna; así el paciente cuyas características de enfermedad terminal o crónica, le generan dolor y sufrimiento, que no opta por el suicidio y desea pasar las etapas de su vida, hasta el momento en el que ya no puede expresar su voluntad, usa como legítima expresión de la misma, a futuro, lo que legalmente se permite para ello, que es una escritura pública, solo que al ser la disposición de la vida, como penúltima voluntad, y por sus características particulares, esta escritura se denomina testamento vital.

4. Planteamiento Operacional.

4.1. Técnicas, Instrumentos y Materiales de Verificación.

Análisis doctrinal y jurisprudencial utilizando fichas documentales y fichas de sistematización doctrinal y encuestas.

4.1.1. Instrumentos.

- Ficha de registro doctrinal, ficha de registro jurisprudencial, modelo de argumentación de Manuel Atienza, cuestionario validado.

4.2. Campo de Verificación.

4.2.1. Ubicación Espacial.

- Perú

4.2.2. Ubicación Temporal.

- 2021

4.3. Unidades de Estudio

4.3.1. Universo, muestra, y procedimiento.

El universo, está constituido por todos los notarios del Perú. La muestra, será tomada a través de encuestas a los notarios del sur del Perú, esto es a los notarios de Arequipa, Moquegua, Tacna y Puno, dichos resultados serán sistematizados y trabajados en tortas estadísticas, para su posterior interpretación.

Para el análisis jurisprudencial, doctrinario y de artículos jurídicos y científicos se estudiará, tanto las posturas y casos del Perú como de otros países, para definir los conceptos señalados en el marco teórico y realizar el análisis correspondiente.

Se utilizará jurisprudencia comparada relacionado con la línea de derechos humanos, eutanasia y testamento vital, para lo cual se utilizarán fichas de sistematización doctrinal y jurisprudencial

CAPÍTULO III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. Análisis de la Eutanasia en el Perú: Caso Ana Estrada

En nuestra legislación interna, en la Constitución Política del Perú, Título I, Capítulo I. Derechos Fundamentales de la Persona, art. 1º; señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”(Const. 1993), el primer artículo de nuestra Carta Magna, está destinado a precisar como fin supremo de nuestra sociedad y del Estado a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad; este es el fundamento que se requiere a fin de sostener a la eutanasia como un DDHH, precisamente derivado de este principio. Pero continuamos con el análisis de nuestra constitución que señala: en el art. 2º Toda Persona tiene Derecho a: 1. La vida (...) su integridad moral, psíquica y física, a su libre desarrollo y a su bienestar (...), el art. Segundo está destinado a señalar los derechos más intensos o más fundamentales de las personas, dentro de las cuales el primer derecho reconocido es el derecho a la vida, qué duda cabe un derecho principal, sin el cual los otros derechos no tienen sentido; pero junto a este el derecho a una integridad en tres ámbitos, moral, psíquico y físico; que ocupa precisamente lo que cautela la eutanasia, además de su libre desarrollo y bienestar, este último completa el concepto acerca de la integridad y bienestar de la vida, lo que veremos posteriormente, referido a la vida digna. Sumado a todo ello, la Const. En su artículo 22º. Señala el derecho “A la paz, la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.” Este derecho a la paz, tranquilidad y el ambiente equilibrado para el desarrollo de la vida, ha de ser constatado y cautelado por el Estado, no se trata de una mera mención, donde la paz puede entenderse física y psicológicamente, pero la tranquilidad ya es un estado mental más profundo; que, en el caso de una persona con un padecimiento de una enfermedad terminal o un padecimiento de dolor insoportable, que a veces son lo mismo, jamás tendría esta paz y tranquilidad.

El Código Civil, en su libro III, de Derecho de Familia, en el art. 659-F. regula la Designación de apoyos a futuro, donde señala: Toda persona mayor de 18 años de edad, puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede

disponer en qué personas o decisiones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración, y directrices del apoyo a recibir. En el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia.

Es así que para algunos a través de este dispositivo podría validarse el pedido de la eutanasia a través de lo que sería el testamento vital; sin embargo. Considero que, si bien es cierto, no existe ningún elemento impeditivo; y dentro de este dispositivo podría habilitarse el pedido de la eutanasia; sin embargo, al ser general, este dispositivo, lo que busca es la disposición de apoyos a futuro sobre bienes patrimoniales, en torno a lo cual no hay objeciones; pero también en torno a bienes no patrimoniales, como son la salud, e incluso podría ser sobre la vida; pero al ser este un tema no regulado taxativamente, genera interpretaciones que culminan judicializando el caso y aletargando el sufrimiento del otorgante, por cuanto lo somete al designio del juez, y al proceso judicial que puede incluso desnaturalizar la figura tanto de la eutanasia como del testamento vital. Por lo que se hace necesario regular expresamente ambas instituciones jurídicas; para poder efectivizar el pedido de la eutanasia a través del testamento vital.

Este caso, constituye un hito en el Perú, puesto que es el primer caso de un pedido oficial de aplicación de la eutanasia en nuestro país, que adquiere relevancia, por cuanto es judicializado.

1.1.Demanda de Amparo. La demanda de amparo interpuesta por la Defensoría del Pueblo, contra norma legal, Art. 112 del Código Penal; en contra el Seguro Social de Salud EsSalud, Ministerio de Salud (Minsa) y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjurdh); representados cada uno por su Procurador Público, solicita: Se declare inaplicable el Art. 112 del CP (D. Leg. N°635) que tipifica el delito del homicidio Piadoso; para el caso de Ana Estrada Ugarte.

Se ordene a EsSalud, respetar la decisión de Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida, a través del procedimiento médico de la eutanasia; para lo cual se debe formar una junta médica interdisciplinaria y brindar todas las prestaciones administrativas, prestacionales y sanitarias.

Se ordene al MINSAs, en tanto ente rector de salud, respetar la voluntad de Ana

Estrada Ugarte; y este cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia en situaciones similares a las de la señora Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial.

El fundamento fáctico de la demanda de amparo, es que, a través de ella, se pretende proteger y garantizar los derechos fundamentales lesionados y amenazados de la señora Ana Milagros Estrada Ugarte.

La señora Ana Estrada Ugarte, padece de poliomiositis, enfermedad que empezó a manifestarse cuando ella tenía 12 años, a pesar de que inicialmente no tuvo este diagnóstico; a los 14 fue correctamente diagnosticada que es una enfermedad incurable, degenerativa, progresiva en etapa avanzada.

Tal es así que hasta hoy esta enfermedad de Ana Estrada Ugarte siguió progresando. Conforme se señala en la demanda de Amparo:

“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)”, señala el Dr. Gianella. Así, desde el 2015, Ana empezó a tener molestias respiratorias, con problemas frecuentes de acumulación de secreciones respiratorias. Como es común en estos casos, el no poder movilizar sus secreciones debido a una pobre reserva respiratoria, se complica con infecciones.” (p.9)

1.2.Sentencia de Primera Instancia.

A través de la Resolución N°6 de fecha 22 de febrero del 2021, se emitió la sentencia de primera instancia del caso de Ana Estrada, cuyo fallo fue:

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 inhumanos¹⁴. En consecuencia, consentida que sea la sentencia; se dispone que:

1. Se inaplique el artículo 112° del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte; por lo que los sujetos activos, no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique; en tanto ella, no puede hacerlo por sí misma.

2. Se ordene al Ministerio de Salud y a EsSalud, a) respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) Ambas instituciones independientemente, deberán conformar sendas Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 07 días; precisándose que; EsSalud deberá formar dos Comisiones, siendo que la primera tendrá la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna y otra Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud formará una Comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la Comisión de EsSalud.

3. EsSalud deberá brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida.

4. La Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, deberá presentar con su informe, en el plazo de 30 días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación, en el plazo de 15 días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de 15 días y cumplido que sea el plazo, volverá a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En caso de no satisfacer el segundo informe,

¹⁴ El resaltado es nuestro.

solo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobala ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud, deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento.

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

Sin lugar a dudas este fallo es histórico en tanto se reconoce el derecho a una muerte digna; claro que, por la propia naturaleza del proceso de amparo, que es en torno al caso concreto; esta solo se pueda reconocer en el caso de Ana Estrada, y no puede extenderse a otros casos, extremo en el que fue declarado infundado el pedido de estos procedimientos para casos similares.

Los puntos más resaltantes evaluados por el juzgado de primera instancia para reconocer el derecho a la muerte digna de Ana Estrada, son los siguientes:

- **Nuevos Derechos y Derechos innominados**, Donde se hace alusión a estos derechos nuevos, o que no están expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico; pero que se derivan de aquellos que sí lo están; como ya lo hemos tratado en el capítulo de Derechos humanos. Así, en varias ocasiones, estos derechos, han sido reconocidos por el TC, como el caso del derecho a la verdad, que es reconocido por el TC a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 2488-2002-HC/TC, donde como parte de su fundamentación señala: que este es “una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno”; tal es así que el juzgado de primera instancia realiza una construcción argumental y dogmática en reconocimiento de la existencia este derecho – en el caso analizado fue el derecho a la verdad-, lo que habilita a que esto sea repetido por el juzgado de primera instancia que analiza el caso de Ana Estrada, a fin de reconocer un derecho a la muerte digna, que si bien no está positivizado en nuestro ordenamiento interno; sin embargo se puede declarar la existencia de dicho derecho fundamental, sobre la base de los principios constitucionales y otros derechos fundamentales. Qué importante resulta, que procesalmente, el órgano constitucional, esté habilitado para que pueda declarar

la existencia de un derecho fundamental y que no se encuentra descrito taxativamente o reconocido positivamente en nuestro ordenamiento.

- **Control Difuso.-** Aquí se analizan las normas para el control difuso que ha establecido el TC, por cuanto el reconocimiento de esta facultad que alcanza a todos los jueces, es pacífica, así:

En tanto la ley es expresión de la voluntad general representada en el parlamento, su uso debe ser de última ratio. Así, las leyes deben sujetarse a la Constitución, pero también es el límite al ejercicio del control judicial, por lo que debe procurarse una interpretación, dentro de lo razonable y posible, conforme a la constitución”. (p.17, fundamento 58)

El juicio que se debe realizar es un juicio de relevancia y proporcionalidad, con respecto a la afectación del, o los derechos fundamentales, tal es así que en el fundamento 60 de dicha sentencia, se deja en claro que “solo puede hacerse dentro de un caso (...) siempre que sea relevante para el caso” dejando a demás en claro que por la naturaleza de la propia demanda que es a través de un proceso de amparo, es que los efectos deben ser *inter-partes*.

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

Así mismo se desarrollaron los temas referidos a los derechos invocados, así se tiene en los fundamentos del 88, al 95, el derecho a la dignidad, relacionándolo directamente con el derecho a elegir y la autopercepción; así como la situación particular de los síntomas y efectos de la enfermedad de Ana, relacionada con este derecho a su dignidad.

Se desarrollan también los temas de Apoyos y salvaguardias como expresión de razón, donde se afirma la idea de que la razón es la expresión de la dignidad y se analiza el hecho de que Ana a entregado una escritura pública designando apoyos y salvaguardias, siendo este un acto voluntario y libre que deja en claro su voluntad.

En cuanto al tema de El ser humano como acto de libertad, ya se había indicado que la libertad estaba íntimamente ligada a la dignidad, así el juzgador desarrolla ampliamente desde el fundamento 97. Al 99, que el ser humano es propietario de su libertad, pero que esta libertad es ejercida en tanto haya uso de razón y siempre sobre la propia percepción. Otro tema desarrollado es el dolor, que tiene a la actualidad Ana y el que llegará a soportar conforme avance su enfermedad.

Otro tema importante es el de la **ética médica**, con el cual concuasan los principios constitucionales y derechos fundamentales.

- La eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida., es importante destacar el argumento del juzgador que señala en el fundamento 154 “(...) en el caso peruano, este modelo, es compatible con las normas constitucionales vigentes a excepción del artículo 112° del Código Penal que, no precisa excepción alguna. De lo expuesto en esta resolución, se tiene así que, es preciso tener en cuenta que; el derecho a la dignidad, determina al juzgador, al derecho y al Estado la máxima protección de la dignidad de las personas, del bien jurídico; vida, de la integridad física y psicológica de las personas y si se establecen límites al bien jurídico; vida, estos deben ser excepcionales. Es preciso señalar que, el citado autor señala que el suicidio no es un derecho, sino una libertad fáctica, con lo que concordamos, sin embargo, el suicidio se puede dar en cualquier situación, solo importa que la persona esté previamente con vida, empero, en el cado [sic] de la muerte digna, encontramos que se trata de una condición especial, de afectación de otros derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la autonomía, la libertad, entre otros, situación que es determinante para configurar el nacimiento de un derecho a tomar decisión, sobre el momento, situación o punto en el que la persona, considera que ya no le es más posible soportar y, la sociedad, por intermedio de los profesionales médicos, está en condiciones de verificar un grado extremo de sufrimiento, con lo que es admisible que tome una decisión, dentro de esta excepción a la legalidad. Este derecho, siendo un derecho derivado de otros derechos, mencionados, si bien no llega a ser un derecho fundamental, es uno que permite abrir esta situación excepcional a la protección penal del derecho a la vida.

Es importante señalar el reconocimiento de la eutanasia como un derecho, aunque no del rango de fundamental, pero sí la existencia de este derecho derivado de otros derechos, principalmente de la dignidad humana, la libertad, la autonomía.

- Y finalmente se desarrolla el test de proporcionalidad sobre el análisis del dispositivo normativo del 112 del CP, sobre el cual se pide su aplicabilidad, indicando que Los tratadistas en su mayoría consideran que: “es inconstitucional porque afecta el derecho a la dignidad de la persona que lo solicita, en tanto, el sufrimiento extremo destruye fácticamente la libertad, la autonomía y el derecho de dignidad de la persona, principalmente en su faz de no ser tratado con crueldad ni humillación.”(p. 52, fundamento 165)

En este único caso en el Perú, en la sentencia de primera instancia y en el voto en mayoría de segunda instancia; se han planteado los fundamentos por los que la eutanasia sería un derecho fundamental, sin embargo forma sorpresiva se ha dado un salto lógico en el que se concluye que es un derecho, pero no de rango fundamental, sino de menor rango, de rango legal, sin haber fundamentado dicha conclusión, esto es ¿Por qué es un derecho de rango legal y no fundamental?. A pesar de ello, esta sentencia constituye un gran avance en nuestra jurisprudencia y en el propio desarrollo del reconocimiento interno, de la institución de la eutanasia como derecho fundamental; que ahora no alcanza este status, según la decisión del juez de primera instancia, pero ya es un avance que se haya dado el reconocimiento legal al derecho a la eutanasia, y se está a la espera de la decisión de la suprema. Es labor seguir brindando los fundamentos necesarios para el reconocimiento de la eutanasia como derecho fundamental, en defensa de la dignidad humana y los derechos conexos con ella.

2. Análisis de Encuestas Realizadas

Conforme a los lineamientos del tema tratado, la muestra se tomó, aplicando una encuesta a notarios públicos a fin de conocer su posición con respecto al testamento vital como instrumento para expresión de voluntad de la eutanasia; así se tiene que de acuerdo a la publicación realizada por el Ministerio de Justicia y derechos Humanos (MINJUS), en el sur del Perú se cuenta con 67 notarios en el sur del Perú de los cuales se aplicó 26 encuestas. Para efectos de su mejor comprensión, se trabajaron las encuestas en dos sistemas:

El primero es con los valores que oscilan del cero al veinte, el cual es trabajado a través de los gráficos de barras, el cual se podrá visualizar en los acercamientos de las barras a las líneas de los números enteros del cero al veinte.

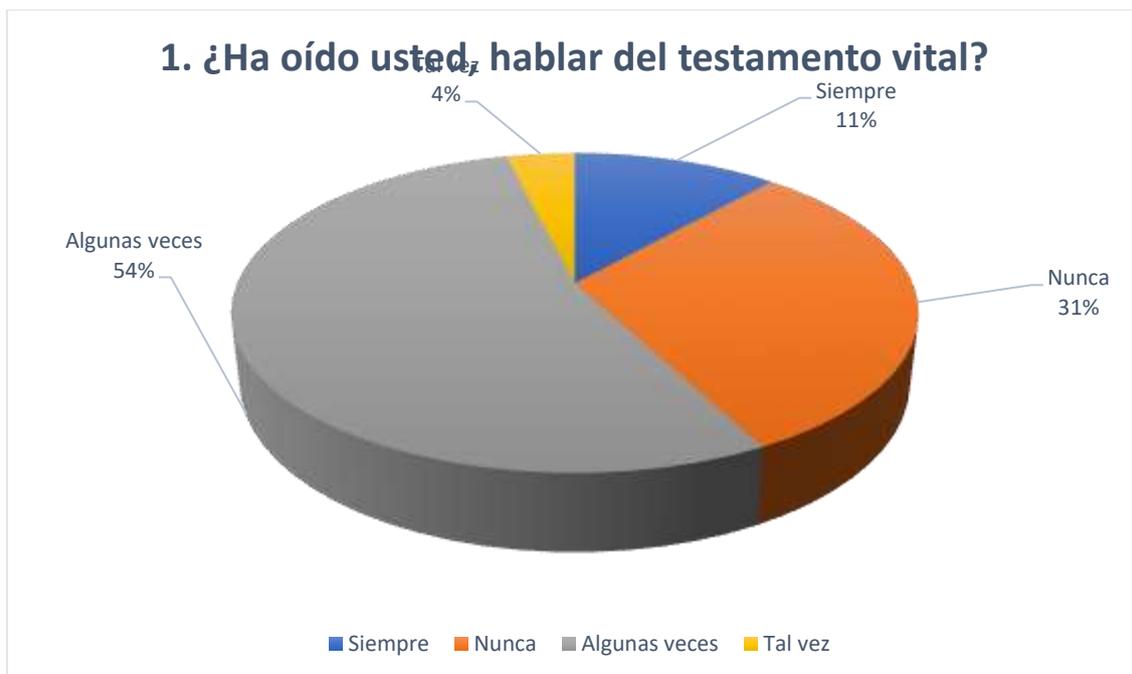
El segundo sistema, que es trabajado a través de las tortas estadísticas, cuyos valores son del cero al cien por ciento y sobre esta base se explicarán los resultados.

De a la aplicación de las encuestas se obtuvieron los siguientes resultados:

1. En cuanto a la pregunta **¿Ha oído usted, hablar del testamento vital?**

Se han obtenido las siguientes respuestas.





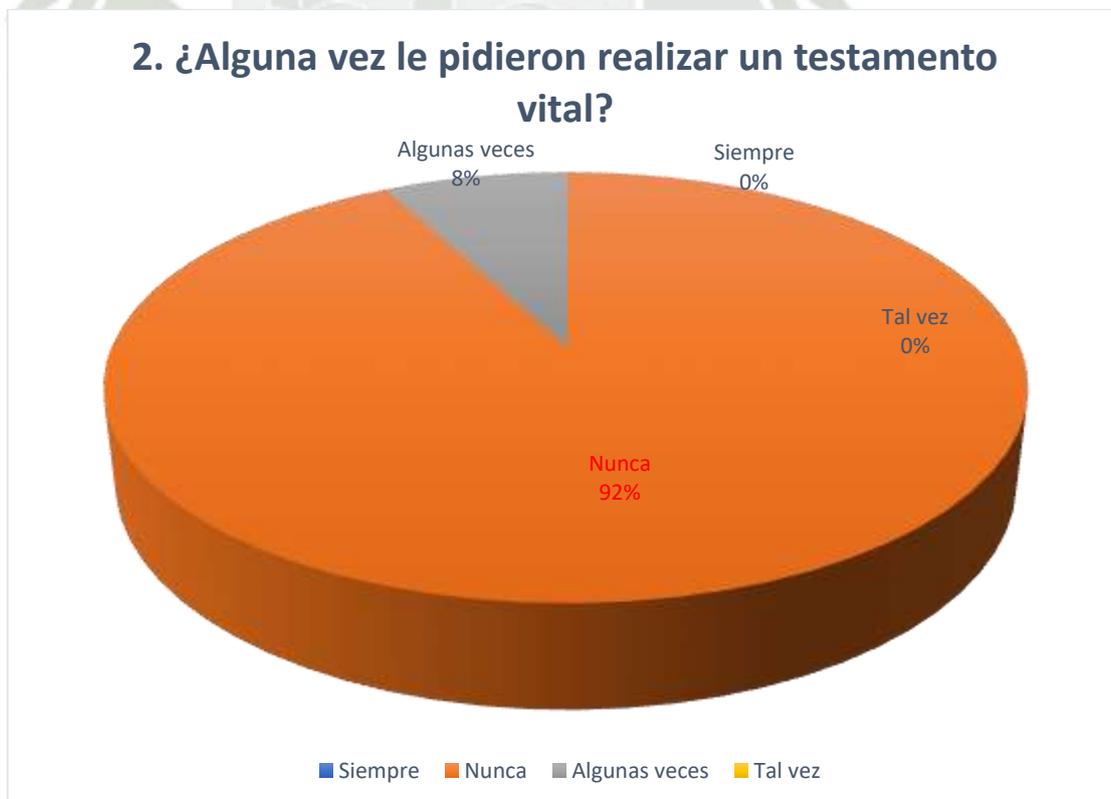
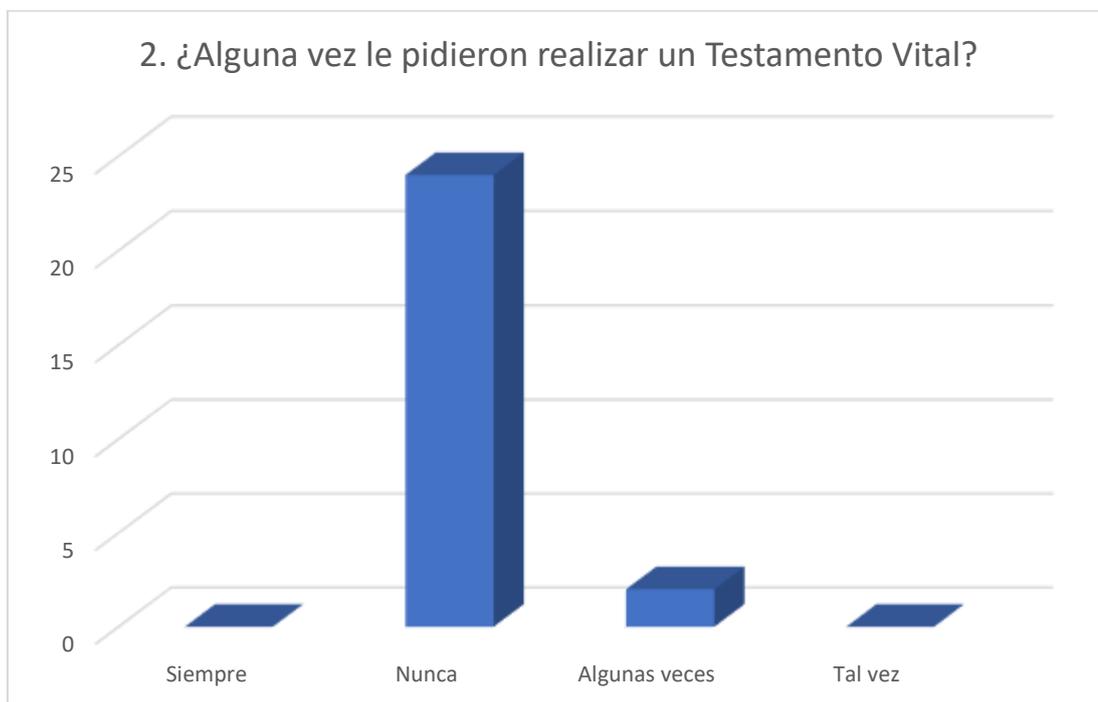
En esta primera pregunta, se realiza una indagación en torno al conocimiento que tienen los notarios con respecto al conocimiento de los alcances del testamento vital; de lo cual se obtuvo como resultado que una mayoría del 54%, responde “algunas veces”, lo que nos revela que escucharon al menos hablar del testamento vital, pero no hay un conocimiento profundo del mismo.

A esta mayoría, le sigue un importante 31%, que indica que nunca oyó hablar del testamento vital, esto es que ni siquiera tienen una noción al respecto, no tienen ni idea de qué es el testamento vital.

También hay un importante 11% que señala que “siempre” ha oído hablar del testamento vital, lo que nos da idea de que este 11% sí conoce de qué trata el testamento vital, a qué se refiere este, al menos tiene mejores nociones o conceptos de lo que es el testamento vital y de algunos alcances de este.

Finalmente se tiene a los indecisos, que parecen haber oído algo sobre el testamento vital, o de algo que se le parezca, por cuanto tal vez, algo parecen recordar de él, pero no tiene en claro ello. Su respuesta es un, “podría ser”.

2. ¿Alguna vez le pidieron realizar un testamento vital?



En esta pregunta se indaga un dato fáctico, que abarca no solo el conocimiento que los notarios tienen con respecto al testamento vital, sino también el conocimiento que los ciudadanos, tiene con respecto al testamento vital, pues es obvio que para solicitarlo; antes, tienen que conocerlo; y este conocimiento no solo es una referencia, sino un conocimiento cabal.

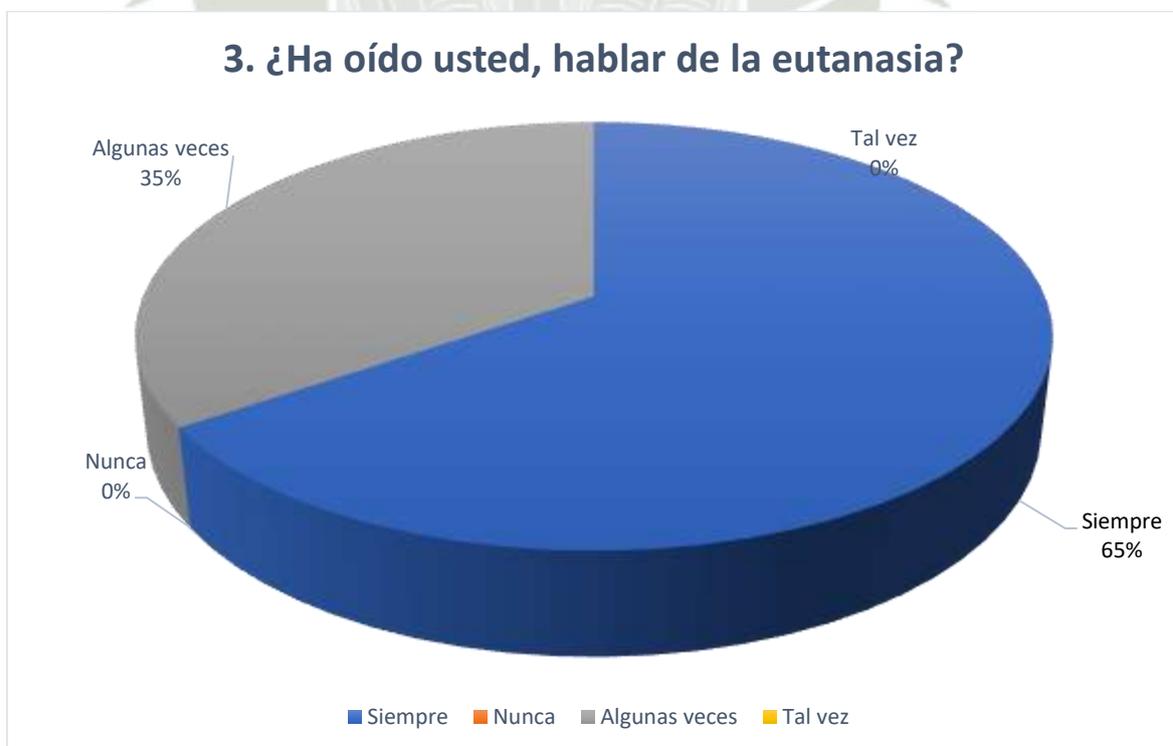
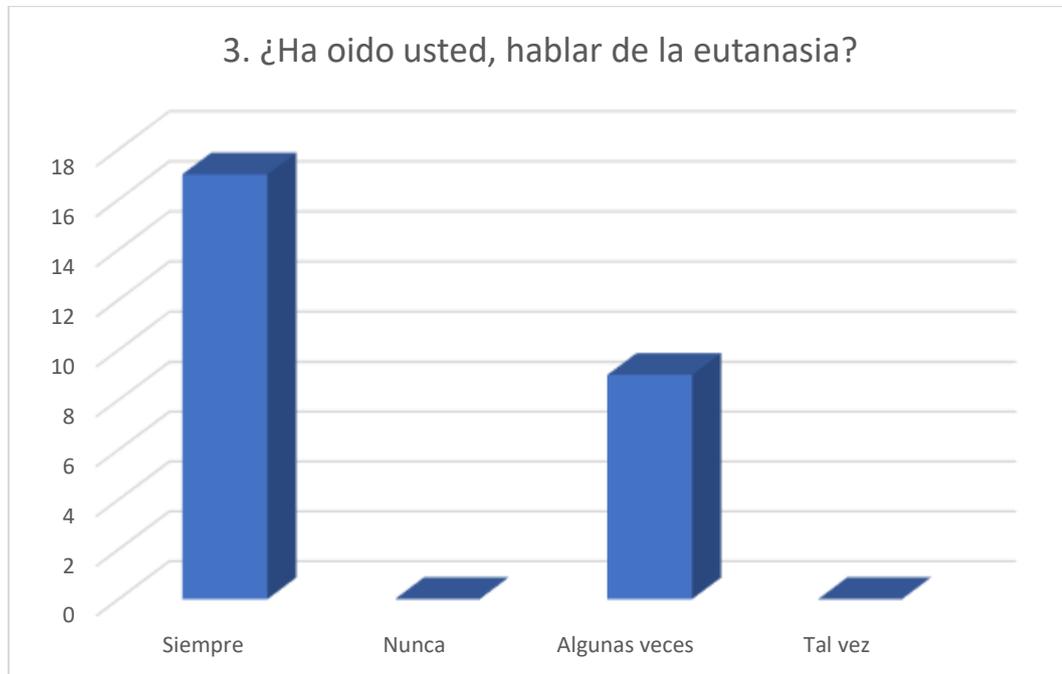
Se obtuvo como resultado que una gran mayoría, en un porcentaje del 92%, nunca ha sido objeto del pedido de la realización de un testamento vital; lo cual podría explicarse porque, en nuestro país no existe regulación alguna del testamento vital, ni dispositivo expreso del mismo; por lo que ni siquiera forma parte de gran parte del imaginario social.

Un reducido 8% de los encuestados, indicaron que sí les pidieron realizar un testamento vital, algunas veces. Lo cual, aunque parezca ínfimo, es una cifra importante por cuanto el testamento vital, no es de aplicación y uso de cualquier ciudadano; sino que por sus propias características, está reservado para un grupo selecto de ciudadanos; esto es para ciudadanos que se encuentren atravesando alguna enfermedad terminal o cuyos padecimientos, por el sufrimiento, dolor, y situación propia de la enfermedad que afrontan, en algún momento podría llevarlos a un estado tal, que ellos ya no podrán expresar su voluntad; y por ello procuran hacerlo antes de que ello ocurra y necesitan dejar constancia irrefutable y con arreglo a ley, de lo que desean sobre su cuerpo, su vida.

Conforme a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), sobre el estado de la población peruana en el 2020, se tiene que la población del Perú es de 32 millones 626 mil habitantes (pp.3 y 4). De los cuales en el 2019, se registraron 11, 171 casos nuevos de cáncer, esto según las estadísticas publicadas en el INEI, por índice temático, en el sector salud; no todos en etapa terminal, sin embargo esto nos da idea que siendo el cáncer, una de las principales causas de mortandad en cuanto a enfermedades en el Perú; el porcentaje de personas candidatas para solicitar el testamento vital, se reduce considerablemente con respecto a la cantidad de habitantes que hay en el Perú, por lo que consideramos de suma importancia, el 8% que solicitó se le realizara un testamento vital.

El siempre o tal vez no fueron opciones que se hayan marcado en esta pregunta.

3. ¿Ha oído usted, hablar de la eutanasia?

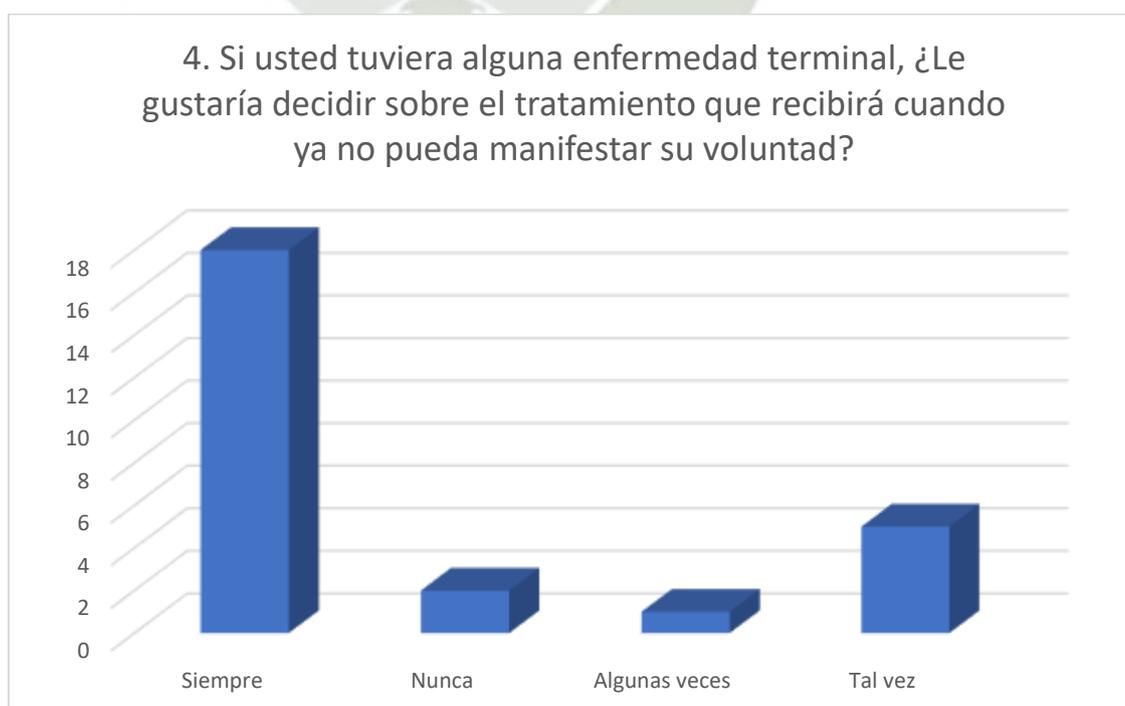


Ahora, a través de esta pregunta abordamos otro eje temático de la investigación, esto es tal vez un tema más conocido, como es el de la eutanasia, es así que este hecho de la realidad se refleja en las encuestas, en tanto que un 65% de los encuestados, en esta pregunta de si ¿Ha oído usted, hablar de la eutanasia?, contestaron “siempre”, lo que como se indicó en el análisis de la primera pregunta, nos da la idea de seguridad de que este grupo de encuestados están más adentrados en el tema de la eutanasia y algunos alcances de la misma.

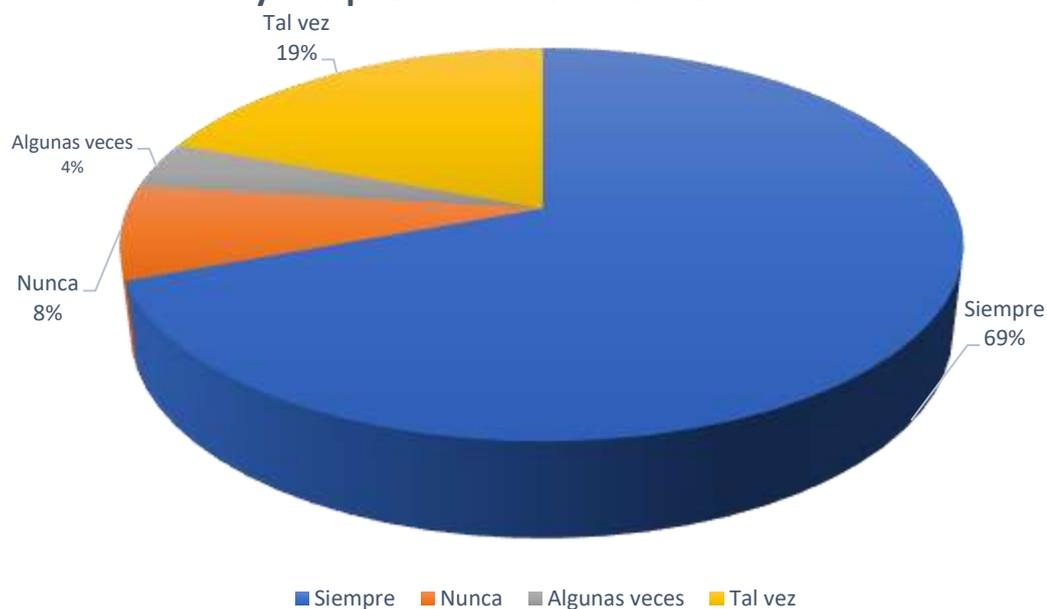
Así los que están menos adentrados, pero conocen de qué trata la eutanasia, tal vez más superficialmente, señalan: “algunas veces” en un porcentaje del 35%, que sumados a los 65% anteriores; se tiene el total del 100% de los encuestados, que conocen o al menos tienen noción con respecto a lo que es la eutanasia.

Las respuestas, del tal vez, que resulta dubitativa, o del nunca, que es una negación categórica, no tienen cabida en estas respuestas, habiendo alcanzado el 0%, por cuanto el 100% de los entrevistados están seguros de haber escuchado siempre o alguna vez sobre la eutanasia.

4. Si usted tuviera alguna enfermedad terminal, ¿Le gustaría decidir sobre el tratamiento que recibirá cuando ya no pueda manifestar su voluntad?



4. Si usted tuviera alguna enfermedad terminal, ¿Le gustaría decidir sobre el tratamiento que recibirá cuando ya no pueda manifestar su voluntad?



En esta pregunta, colocamos un supuesto de empatía, al suponer que el encuestado sea esa persona con enfermedad terminal, esto es, ponerse en los pies del otro, de ese otro que sufre una enfermedad terminal, y que sabe que llegará un momento en el que, como producto del desarrollo y avance de la enfermedad, ya no será posible poder expresar su voluntad, ya sea por un problema de falta o deterioro de facultades mentales o impedimento biofísico para lograrlo, nos preguntamos si, como seres humanos que somos, pasaríamos por esta situación- de la cual nadie está seguro de no llegar a ella-, ¿Acaso quisiéramos decidir sobre nuestro tratamiento futuro?, tal vez queramos decidir, qué pueden suministrarnos y qué no.

Otra situación que se plantea en esta pregunta es la idea de dejar constancia de una decisión, mientras se pueda expresarla, para que cuando ya no podamos expresar esa voluntad, se pueda echar mano de esa manifestación, anterior a la pérdida de la capacidad para expresar la voluntad.

Ante lo cual, los encuestado, respondieron, en un porcentaje del 69%, que siempre quisieran decidir anticipadamente sobre el tratamiento que les gustaría recibir, si llegaran a esta situación de padecimiento de una enfermedad de estas características.

Seguido de un 19% que respondió que tal vez, le gustaría recibir ese tratamiento, los tal vez, son personas indecisas, que podrían decidir llegado el momento, pero en tal caso no descartan de plano el hecho de decidir sobre el tratamiento que le gustaría que le suministren -o no- si estuviera en ese estado, producto de alguna enfermedad.

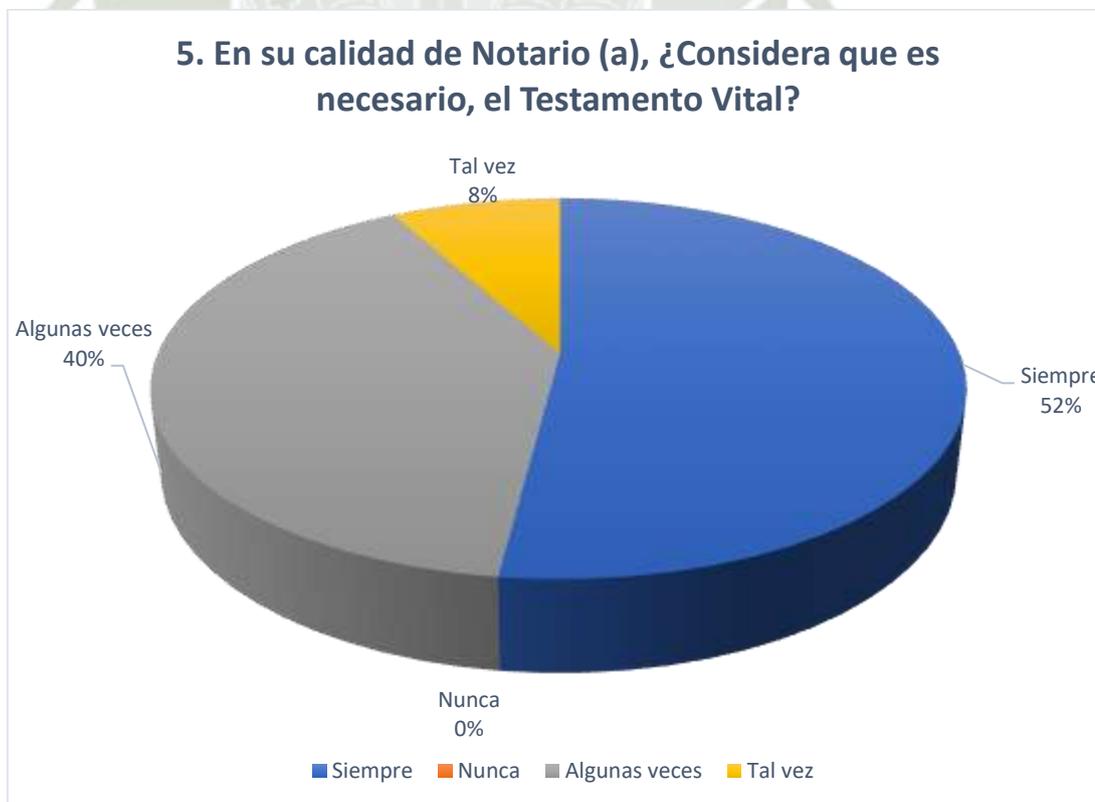
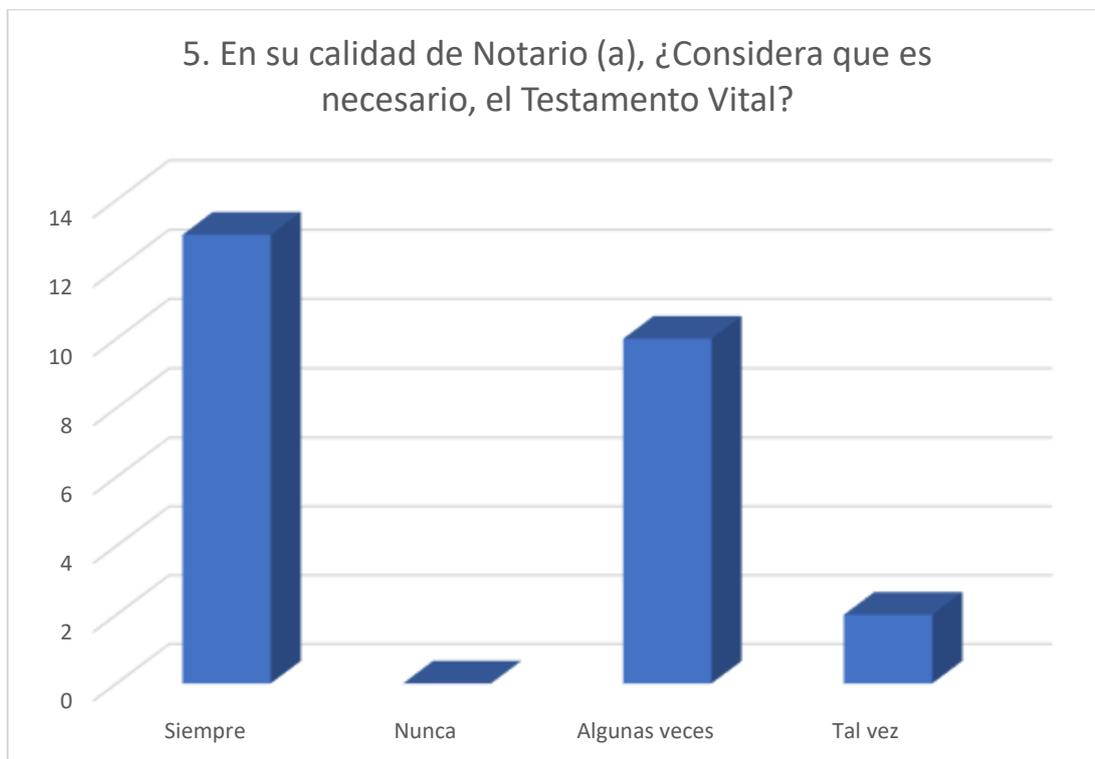
Y, hay quienes más alejados de la idea, pero que tampoco la descartan, consideran que en algunas ocasiones podrían hacerlo, por lo que, un 4% de los encuestados, respondieron: “algunas veces”.

Así se tiene que, entre las personas a las que les gustaría decidir acerca del tratamiento -siempre- (69%), las que posiblemente lo hicieran -tal vez- (19%), y las que lo harían, aunque no siempre -algunas veces- (4%); suman un total de 82%, que podría decidir sobre su tratamiento.

Del otro lado, tenemos a un 8%, que categóricamente señala que nunca decidiría sobre su tratamiento, cuando se encontrara en esa situación con una enfermedad terminal.

Es claro que la mayoría, un 82%, quisiera la posibilidad de decidir anticipadamente, y como no, -dejar además constancia de ello, para que se haga efectiva la decisión-, sobre el tratamiento que desee para sí mismo, si llegara un momento en el que producto de la propia degeneración del organismo por el desgaste que le produce la enfermedad, continúe con vida, pero no pueda expresar su voluntad.

5. En su calidad de Notario (a), ¿Considera que es necesario, el Testamento Vital?



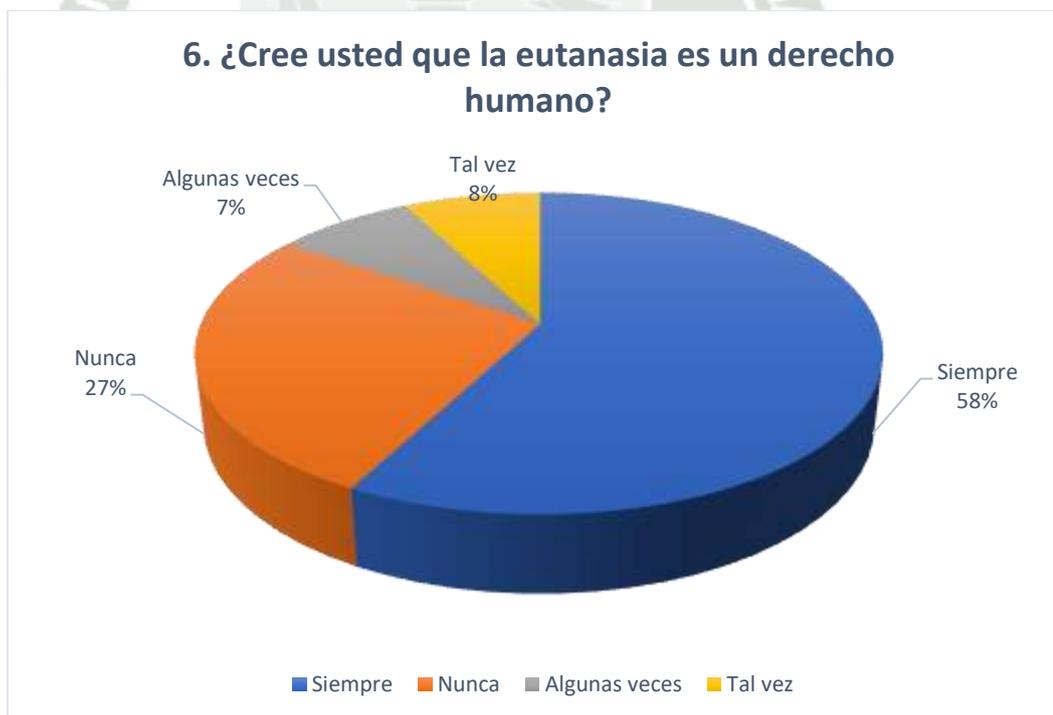
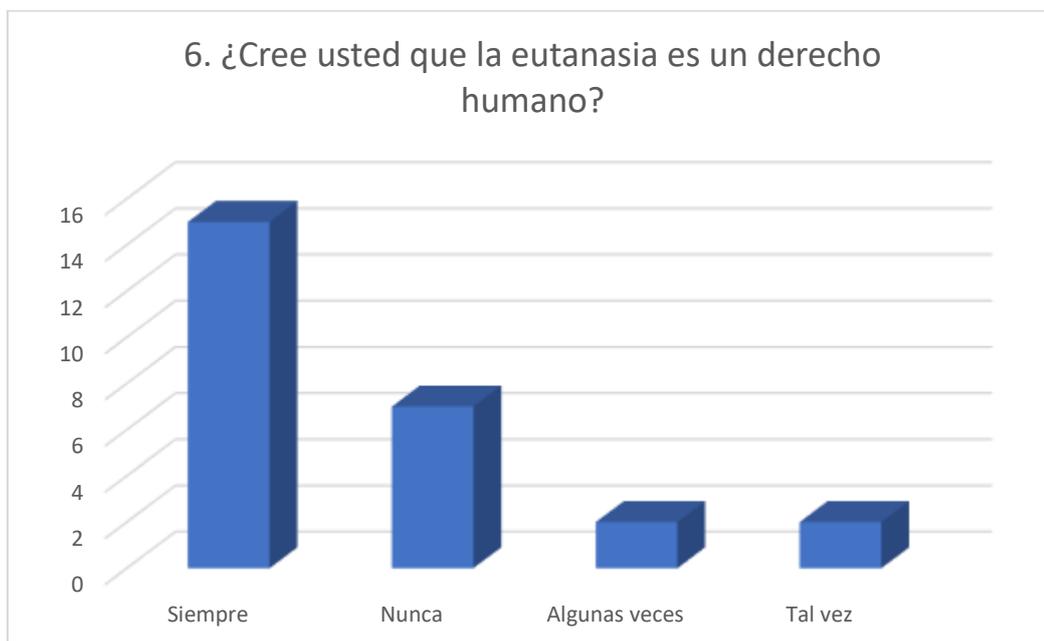
En las respuestas a esta pregunta, surge algo curioso, pues si bien es cierto, en la pregunta número 1. Un 11%, está seguro de que sí, y un 54% ha oído hablar algunas veces del testamento vital, sin embargo, en respuesta a esta pregunta, el 52% considera que, siempre es necesario el testamento vital. Consideramos que esto se debe a distintos factores, donde el transcurso de las preguntas realizadas hasta ahora, han ido sugiriendo la idea del testamento vital; por lo que el encuestado, con mayor noción sobre el mismo, ahora señala categóricamente la necesidad del mismo, en una posición mayoritaria.

Consideramos que la importante cifra del “algunas veces” que alcanza el 40%, abre la puerta hacia el alcance del 92% de necesidad del testamento vital, por cuanto, este 40% considera que, en ciertas circunstancias, el testamento vital es necesario.

Además, un 8% de los encuestados, nos indica que “tal vez” sería necesario; este margen dubitativo, que oscila entre que podría ser necesario o no, acrecienta la cifra de posibilidad de la necesidad del testamento vital, según la noción de los encuestados.

En esta pregunta el “nunca”, no tuvo adeptos, por cuanto como se analizó, con una mejor noción y por relación de ideas que realizan los encuestados, conforme van respondiendo las preguntas, consideran que, en algún momento, bajo algunas circunstancias, el testamento vital es necesario.

6. ¿Cree usted que la eutanasia, es un derecho humano?



En esta pregunta, se posicionan los encuestados, en cuanto a la eutanasia, considerándola como un derecho humano, pues el 58% de los encuestados, se inclinan por considerar a la eutanasia como un derecho humano, esta afirmación “sin

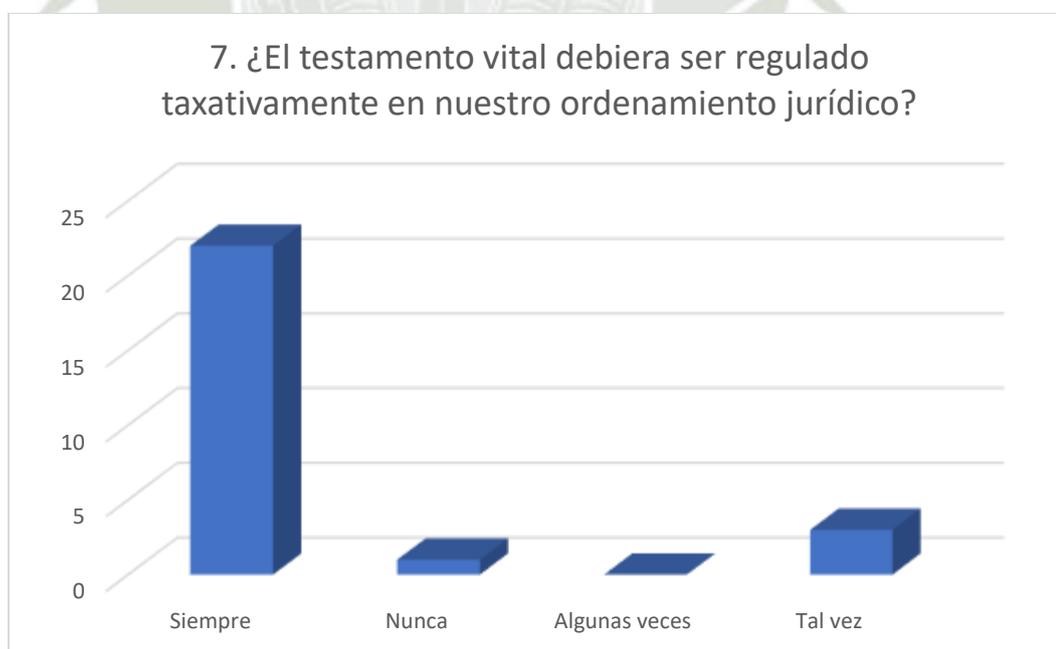
lugar a dudas”, que realiza este porcentaje de encuestados, obedece a un conocimiento y comprensión de lo que es la eutanasia.

Sin embargo, con ese mismo conocimiento, un importante 27%, señala que nunca, esto es la negación categórica de la eutanasia como derecho humano, debido a convicciones propias, que les permite asegurar con grado de certeza para ellos, esta respuesta.

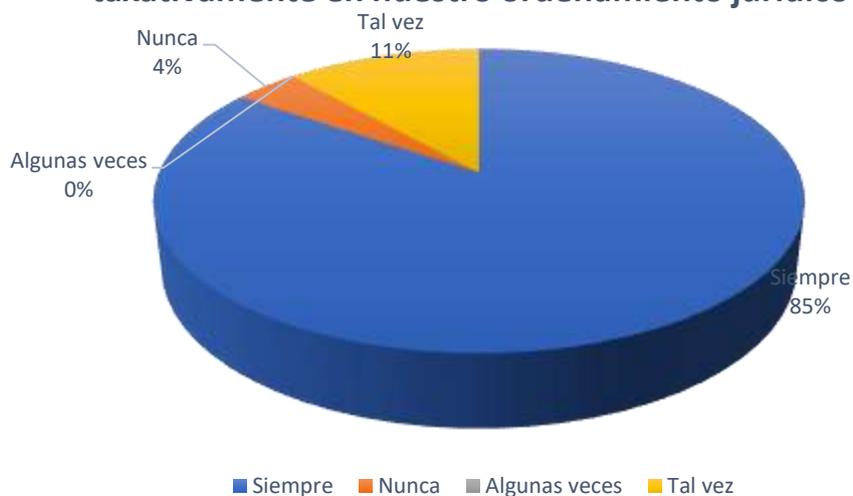
También hay de los que señalan que la eutanasia “tal vez” sea un derecho humano en un 8%, o que “tal vez”, en un 7%. Así este último 7% de encuestados que aseveran ello, tampoco niegan que lo sea, están en un “podría ser”, dependiendo

Del 100% de encuestados, el 27%, asegura que la eutanasia no es un derecho humano, mientras que un 73%, no podría negarlo.

7. ¿El testamento vital debiera ser regulado taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico?



7. ¿El testamento vital debiera ser regulado taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico?



Esta pregunta, presupone una información anterior, esto es que, el testamento vital, no se encuentra regulado en nuestra legislación. Frente a la objeción de los detractores que consideren que el Código Civil, sí lo contempla; debemos señalar que, en el desarrollo del tema del testamento vital, así como de las voluntades anticipadas, se trató al respecto y se señaló que si bien podría estar contemplado en el artículo 659; sin embargo, esto no es así por cuanto el testamento vital tiene sus propias características y precisiones que lo alejan de los apoyos y salvaguardias a los que se refiere el Código Civil en el art. 659.

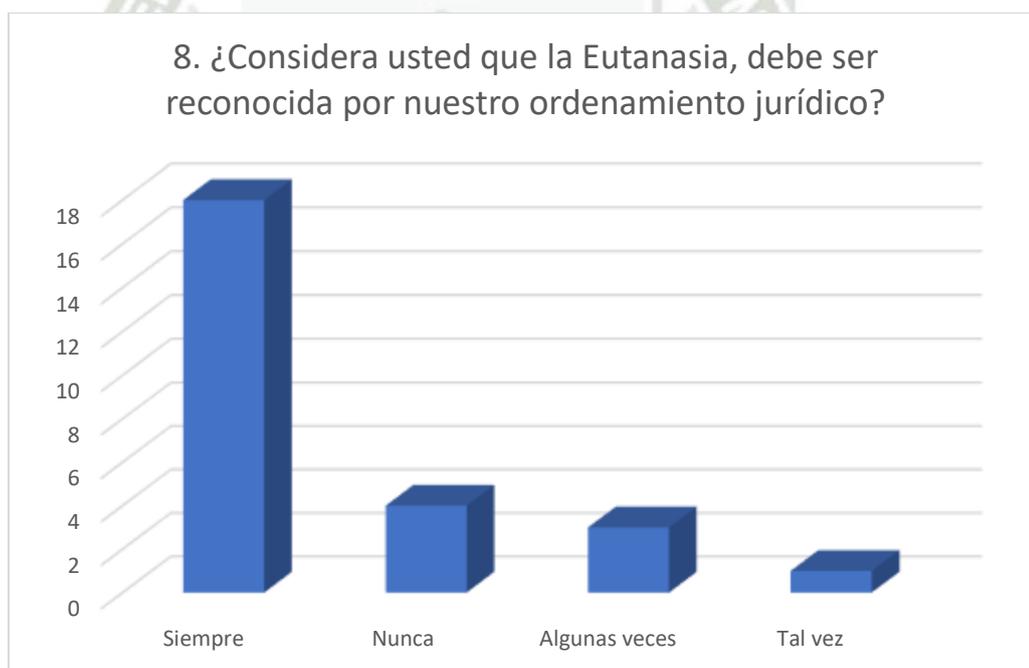
La información previa, o presupuesta en esta pregunta es precisa, pues señala que “taxativamente”, la institución del testamento vital, no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico; para luego preguntar si ¿Debe o no estar regulado, en nuestro ordenamiento jurídico?; ya sea a través de la incorporación de algún dispositivo normativo o de alguna ley especial.

Los encuestado respondieron en una aplastante mayoría con un 85%, “siempre”, esto es un convencimiento, de la necesidad de una institución como el testamento vital, reconocimiento positivo, y su respectiva regulación. Creemos que por la propia labor que cumplen los notarios, para ellos se hace indispensable que aquello de lo cual vayan a dar fe, sea algo establecido legal y positivamente; por lo que la mayoría concuerda en la necesidad de esta regulación del testamento vital.

Un 11%, de los encuestados, señalaron que “tal vez” se deba regular taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico, con lo que no niegan de plano dicha regulación, tal vez requieran un mejor análisis, para poder definirse.

Un porcentaje del 4% ha decidido que nunca debe regularse el testamento vital, este grado de convicción que este 4% de los encuestados, que señalan esta negación absoluta a la regulación del testamento vital en nuestro ordenamiento jurídico, refleja su clara posición, pero también el reducido número que asume esta posición.

8. . **¿Considera usted que la Eutanasia, debe ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico?**



8. ¿Considera usted que la Eutanasia, debe ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico?



Ahora realizamos la pregunta sobre nuestra otra variable, que es la eutanasia, de quien ya habíamos visto un conocimiento mayoritario al del testamento vital, así un 69% ha señalado que la eutanasia sí debe ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico; con lo que se acentúa el reconocimiento y apoyo hacia la eutanasia, como opción.

Solo un 15%, indica que nunca debiera ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico; a lo que un 12% responde que algunas veces, lo cual no parece tener mucho sentido, por cuanto o es reconocido positivamente o no lo es, si se señala algunas veces; así el 4% restante que señala que tal vez deba ser reconocido, este último, es un grupo en el que aún no se toma una decisión, pues parece faltar información a efectos de tomar una decisión para determinar si la eutanasia, debe o no ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

La negación del 15% de nuestros encuestados, se contraponen al 69%, que señala que categóricamente que esta sí debe ser reconocida, que sumada al 4%, que indica que tal vez, deba ser reconocida, y al 12%, que señal que algunas veces debe ser reconocida; en realidad suman un 85%, que no se opone a que la eutanasia sea reconocida por nuestro ordenamiento jurídica y considera que esta sea reconocida siempre, algunas veces o tal vez.

Esta importante cifra, nos deja ver que después de ponerse en el lugar de otro, las personas han considerado a la eutanasia como posibilidad, para las personas que se encuentran en situaciones particulares de procesos debido a ciertas enfermedades.

9. ¿Siendo la eutanasia un derecho humano, como parte del ejercicio de esta, se podría realizar el testamento vital?



En esta pregunta, se realiza inicialmente una afirmación, en la que existe una construcción de un argumento; así se tiene que, como premisa, se plantea que la eutanasia es un derecho humano. Segunda premisa, queda implícita en el siguiente enunciado: el derecho humano de la eutanasia se ejercita de distintas formas. Tercera premisa: Una de las formas de expresión del ejercicio de nuestro derecho a la eutanasia, se podría materializar a través del testamento vital. Ahora, frente a este razonamiento, los encuestados responderán si esto es cierto o no; si hay duda al respecto o si podría ser la expresión de dicho ejercicio solo en algunas oportunidades.

En las respuestas de los encuestados, el 50%, han señalado que “siempre” se puede realizar el testamento vital como parte del ejercicio de la eutanasia como derecho humano. Esta cifra es realmente importante; por cuanto denota el reconocimiento que hacen los encuestados a la eutanasia como derecho humano y que como tal debe ejercerse, y una de las formas de dicho ejercicio, es a través del testamento vital.

Se tiene además un 21% de encuestados, que señalan que “algunas veces”; podría ejercerse el derecho a la eutanasia a través de la realización del testamento vital y esto hace referencia a la solicitud, concesión y plasmación del pedido de la aplicación de la eutanasia a través de un documento protocolar, con formalidades de ley; esto es a través del testamento vital. Este grupo de encuestados, han entendido que debe haber otras formas de solicitud de eutanasia, por lo que algunas veces se puede hacer a través del testamento vital. Lo que suma a nuestra respuesta afirmativa, del siempre, convirtiéndose en un 71% de encuestados que consideran a la eutanasia como un derecho humano y al testamento vital como una herramienta a través de la cual ejercemos dicho derecho.

Sumado a ello se tiene un grupo indeciso, que ha respondido en un 12%, que tal vez, sea una forma de ejercer la eutanasia, aquí la indeterminación de este grupo, puede ser por la aceptación de la primera premisa, o la tercera; es decir, puede ser que la indeterminación sea con respecto a aceptar que la eutanasia sea un derecho humano, o puede ser, a que el ejercicio de la eutanasia pueda realizarse a través del testamento vital. Lo cierto es que no lo niegan categóricamente y aceptan la posibilidad de que así sea.

Son un 83%, que no niega categóricamente a la eutanasia como derecho humano, ni al testamento vital, como una forma de expresión de dicho derecho.

Claro que siempre un grupo del 17% de encuestados ha señalado que nunca, podría darse este supuesto, negando definitivamente la aceptación del razonamiento planteado, se entiende que con ello se niegan las premisas planteadas en este razonamiento, esto es de la aceptación de la eutanasia como derecho humano y del testamento vital como parte de la expresión de este derecho.

10. ¿Estaría usted de acuerdo en elaborar un Testamento Vital, si se lo solicitara una persona con enfermedad terminal?



La función propia del notario y la decisión de aceptación sobre la realización de un testamento vital, en cuanto este sea requerido por un paciente cuya fase terminal, lo lleve a solicitarlo, coloca a los notarios en una posición sumamente importante, en cuanto serán ellos quienes decidan si aceptan o no realizar dicho testamento, a lo que los notarios encuestados respondieron:

Que siempre lo aceptarían en un 50%, lo que trasluce la idea, que están convencidos, que el testamento vital es una herramienta necesaria para poder expresar su voluntad, que tal vez a futuro ya no podrán hacerlo, la voluntad de ser sometidos a una eutanasia, para poder acceder a una muerte digna.

Hay un 23% que indica que tal vez, esto, es que puede ser, que si bien es cierto no niegan, tendrían que verse en la situación concreta para poder aceptar realizar el testamento vital, ante un pedido de ello.

El 19% de los notarios encuestados, han respondido que algunas veces aceptarían realizar el testamento vital, y realmente está bien; pues los notarios no van a acceder a todos los pedidos de realización de testamento vital, ellos tienen que verificar que se cumplan algunos requisitos para poder realizarlo; motivo por el cual el 92% se ha inclinado por la aceptación de plasmar la voluntad del pedido de aplicación de la eutanasia a un paciente cuyos dolores hacen su vida bastante sufrible, esto es un hecho real, al que debemos dar una respuesta desde nuestra legislatura.

Existe un reducido 8% de nuestros encuestados que señalan que “nunca” elaborarían el testamento vital, y esto será mejor analizado en la última pregunta realizada en nuestra encuesta, donde ellos contestan el porqué de sus respuestas.

11.- ¿Por qué? (A la pregunta 10)

Ante esta pregunta las respuestas escritas a puño y letra por los notarios encuestados señalan, desde quienes contestaron que nunca, un porque no conocen las características del testamento vital; así como que profesan una religión cristiana y pertenecen a una iglesia católica, por lo que los hombres no pueden decidir sobre la vida, entendemos que conforme a su religión esto lo dejan en manos de dios.

La mayoría de los que contestaron que siempre, colocan como fundamento el respeto a la dignidad del ser humano, su autonomía de la voluntad; como su derecho a autoprotgerse a través de una muerte digna; por cuanto puede darse el caso que la prognosis de una

enfermedad, suponga a parte del deterioro mental, soportar dolores espantosos, por lo que la calidad de vida sea nula. Además, se suma a este grupo las ideas de las formalidades y requisitos de las voluntades testamentarias, pero también se expresan las preocupaciones de si a pesar de realizar este testamento vital; este será exigible o quedarán en letra muerta.

Entre quienes respondieron que algunas veces, se debe a que cada ser humano es diferente y a que en el caso concreto tiene que analizarse la facultad e la persona, voluntad, entre otros, corroborando indubitablemente las condiciones en las que se encuentra la persona.



CONCLUSIONES

1. Debido a la doble dimensión, que asume el testamento vital: (a) Como declaración de voluntad del paciente, que frente a determinadas contingencias futuras, pueda decidir sobre ciertas medidas terapéuticas y como (b) capacidad de disponer sobre su cuerpo, órganos o tejidos, cuando la muerte tenga lugar, se hace idóneo este instrumento específico de escritura pública, por cuanto es un acto jurídico de declaración de voluntad que se efectiviza en tanto el otorgante ya no podrá hacerlo valer por sí mismo; de ahí que los factores que determinan la validez del testamento vital como ejercicio del derecho humano a la eutanasia; son estas dimensiones y el reconocimiento constitucional en el art. 3, de la eutanasia como derecho fundamental, en tanto no puede estar excluida por no estar expresamente en la enumeración de los derechos fundamentales; ya que se funda en la dignidad del hombre y además tiene como base los tres principios que debemos considerar para reconocer un derecho humano, que son dignidad, autonomía e igualdad.
2. Los supuestos de validez del testamento vital son: (i) Garantizar la capacidad del cedente, (ii) Acreditar la concesión, (iii) Formalidad y Escrituralidad del Testamento vital, (iv) Obligatoriedad del representante y, (v) Designar al destinatario y evaluador del Testamento Vital.
3. La naturaleza jurídica de la eutanasia, es que ésta, es un derecho fundamental y humano, pero de carácter innominado, que emerge de otros derechos, aparece como necesidad insoslayable, frente al avance científico y tecnológico; así como a los cambios sociales y la escasez de recursos; además que conforme al art. 3, de nuestra constitución, referido a los Derechos Constitucionales, *númerus apertus*; que a la letra dice: “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, (...).” Se tiene que, la solicitud expresa, espontánea, libre y autodeterminada, para que se ponga fin a sus días; que realiza un enfermo cuyo mal crónico o terminal, le genera un dolor insoportable que lo somete a condiciones degradantes para su dignidad humana y afecta terriblemente su calidad de vida; por cuanto se ve mermada su integridad como ser humano, en sus tres dimensiones, física, psicológica y moral; involucra, qué duda cabe, sus derechos fundamentales. De ahí que la eutanasia es un derecho fundamental, conexo con otros

derechos fundamentales como son el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad, a la salud, y cuyos principios que optimizan esos derechos son la dignidad, la autonomía e igualdad.



RECOMENDACIONES

1. Al reconocerse la eutanasia como un derecho humano, basado en dos extremos doctrinarios (i) los tres principios que rigen el reconocimiento de un derecho fundamental, que son dignidad, autonomía e igualdad; y, (ii) en el artículo 3 de la Constitución que señala que no la excluye de los derechos fundamentales; es por ello que, se recomienda la promulgación de una Ley Especial que plantee, las situaciones y/o requisitos en las que se presenta la figura de la eutanasia, donde se precisen los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que permitan garantizar la consciencia y libertad del solicitante, regulando sus supuestos, tales como sus características, quiénes serían capaces de solicitarlas, quiénes podrían aplicarla, cuáles serían los procedimientos, casos de procedencia e improcedencia. Instancias que determinen la validez del pedido, entre otros.
2. Debido a que el testamento vital es un instrumento idóneo para efectivizar el pedido de la eutanasia, antes de llegar a etapas donde por temas de salud, la prognosis de la enfermedad haga ver que se verán afectadas las capacidades mentales o que las funciones físicas del paciente no le permitirán expresar su voluntad, en cuanto la enfermedad haya avanzado; se recomienda que, a través de una Ley Especial, se regule, la figura del testamento vital, como una escritura pública, en donde se especifiquen los requisitos de forma y de fondo del pedido; así como la determinación de la capacidad jurídica del otorgante y la circunstancia especial en la que se realiza el pedido. Además, que, en esta Ley debe contemplarse expresamente la solicitud de la aplicación de la eutanasia como una expresión de voluntad del otorgante para garantizar que su voluntad sea cumplida después de que éste, haya perdido la capacidad de expresarla, como producto de su deterioro facultativo mental, o físico-biológico. Garantizando de esta forma la perennización de la voluntad del otorgante, en el tiempo.
3. Debido a que el logro del fallo de Ana Estrada, con respecto a la eutanasia, ha sido ratificado recientemente por la Corte Suprema, el mismo que le ha costado casi cuatro años de proceso judicial (acción de amparo); y siendo que este fallo, no es aplicable para otros casos similares, por cuanto, es a través de un proceso constitucional de amparo cuya naturaleza es inter partes. Se recomienda establecer una ley especial a través de la cual se regule el testamento vital y expresamente en

este cuerpo normativo se estipule el pedido de la eutanasia con las formalidades de ley, desde la verificación por personal médico que a través de un certificado, informe o historia clínica dé cuenta de la enfermedad que padece el paciente; así como de los efectos o síntomas que se generan; hasta la verificación de las facultades mentales y no intromisión externa ante la decisión tomada.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrés-Pretel F., Navarro Bravo B., Párraga Martínez I., García M., Jiménez del Val M., Hidalgo J. (2012) Conocimientos y Actitudes de los Mayores hacia el Documento de Voluntades Anticipadas. *Gaceta Sanitaria*. Vol. 26. p. 570.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0213911112000660>
- Antolín, A. Sánchez, M., Miró O. (2011). Evolución Temporal en el Conocimiento y el Posicionamiento de los Pacientes con Enfermedades Crónicas Respecto al Testamento Vital, *Gaceta Sanitaria*, Vol. 25, Issue 5. 412-418. ISSN 0213-9111.
<https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.03.009>
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911111001038>
- Arimany-Manso J., Aragonés-Rodríguez L., Gómez-Durán E., Galcerán E, Martín-Fumadó C., Torralba-Rosselló F. (2017) El Testamento Vital o Documento de Voluntades Anticipadas. Consideraciones Médico-Legales y Análisis de la Situación de Implantación en España: *Revista Española de Medicina Legal*. Vol. 43. p. 35 – 40.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/abs/pii/S0377473216300530>
- Atienza Macías, E.; Armaza Armaza, E. J. & de Miguel Beriain, I. Aspectos Bioético-Jurídicos de las Instrucciones Previas o Testamento Vital en el Contexto Normativo Español. *Acta Bioética*. 2015, Vol. 21 Issue 2, 163-172. Language: Spanish. DOI: 10.4067/S1726-569X2015000200002., Base de datos: Academic Search Complete.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=6&sid=8e0662d8-8daf-48fa-92bc-64334f1d6a96%40redis>
- Atienza Rodríguez, M. (1990). *Para una Teoría de la Argumentación Jurídica*. DOI: <https://doi.org/10.14198>
- Atienza Rodríguez, M. (2005). *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza Rodríguez, M. (2009). *El Sentido del Derecho*. 5ta ed. Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Atienza Rodríguez, M. (2010). *Bioética, Derecho y Argumentación*. 2da ed. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C. y Editorial Temis S.A.

- Atienza Rodríguez, M. (2011). *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*. México: Editorial Porrúa
- Atienza Rodríguez, M. (28 de agosto de 2018). “*Diez Ideas Sobre los Derechos Humanos desde la Perspectiva de los Derechos Sociales* [Ponencia]. Perú: El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú.
- Burga Coronel, A.M. (2012). El Test de Ponderación o Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Gaceta Constitucional*. Doctrina Constitucional. Perú.
- Busquets-Surribas, M. (2021). *La Relevancia Ética del Cuidado Enfermero en la Eutanasia y el Suicidio Asistido*. *Enfermería Clínica*. Vol. 31, 266-267.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S1130862121001455>
- Camargo Rubio, R. D. (2020). Derechos Humanos y Dimensión Social de Personas Vulnerables Durante la Pandemia por el Nuevo Coronavirus SARS-CoV-2. *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*. Vol. 22, p. 127-136. Colombia.
- Camargo Rubio, R. D. (2016). Eutanasia, Derecho y Voluntad, ¿Acción Correcta? Lo Que Debemos Saber. *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*. Vol. 16 p. 90. Colombia.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/abs/pii/S0122726216300040>
- Cambrón, A. (2020). *La Eutanasia. Derecho Fundamental. Derecho a Morir Dignamente*. dmd. Universidade da Coruña.
<https://derechoamorrir.org/2020/08/24/la-eutanasia-derecho-fundamental/>
- Carpizo J., y Valadés D. (2010). *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*. Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Carpizo, J. y Valadés, D. (2010). *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*. Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) 1969
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Díaz Revorio, F. (2009). *Los Derechos Humanos ante los Nuevos Avances Científicos y Tecnológicos*. Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (1995). Eutanasia y Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 83-114.
<https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1547/1547>
- Dworkin, R. (1995). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (2019). *El Derecho de las Libertades. La Lectura Moral de la Constitución Norteamericana*. Perú: Palestra Editores.

- El País, 18 de marzo. Emilio de Benito 18 de marzo del 2021. España Aprueba la Ley de la Eutanasia y se Convierte en el Quinto País del Mundo en Regularla. España.
<https://elpais.com/sociedad/2021-03-18/espana-aprueba-la-ley-de-eutanasia-y-se-convierte-en-el-quinto-pais-del-mundo-en-regularla.html>
- Farrell, M. (1989) *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°2, Madrid: Ed. del Centro de Estudios Constitucionales.
- García Jaramillo, L. (2015). Análisis de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. *Legis. Ámbito Jurídico*.
- Gómez Hinostroza, V. (2008). *Eutanasia Entre la Vida y la Muerte*. Perú: San Marcos.
- Goyri V., Pérez A. (2016). *De la Autonomía Personal al Consentimiento Informado y las Voluntades Anticipadas II. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 49. p.104. México.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0041863318300577>
- Guadarrama González, P. (2015). Derechos Humanos y Democracia en el Pensamiento Ilustrado Latinoamericano. *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*. Vol. 60, 239–280.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S1665857415000095>
- Guijarro Castro, C., García-Ramos García, R., & Escamilla Sevilla, F. (2021). *Manual básico de la SEN sobre el Final de la Vida y la Ley de la Eutanasia*. Ediciones SEN. Págs. 10 – 12.
https://www.medicoslaspalmas.es/images/EJERCICIO-PROFESIONAL/sociedades-cientificas/Informe_SEN_Eutanasia_2021.pdf#page=9
- Gutarra, E. F. (2019). Prudencia Judicial y Argumentación Jurídica: Una Vinculación Pragmática. *Ética Judicial*, 9.
<https://csjla.pe/wp-content/uploads/2018/11/ENSAYO.pdf>
<https://doi.org/10.1016/j.reml.2016.09.002>
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/abs/pii/S0122726220301208>
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert>
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2020) *Estado de la Población Peruana 2020*.

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1743/Libro.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Índice Temático* (2020)

<https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/health/>

Kant, I. (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Crítica de la Razón Práctica*. La Paz Perpetua. México: Editorial Porrúa.

Lanuza, C. T. V. (2014). La Dignidad Humana y sus Consecuencias Normativas en la Argumentación Jurídica: ¿Un Concepto Útil? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 167-208. España.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4916280.pdf>

Lanuza, C. T. V. (2019). La Evolución del Derecho al Suicidio Asistido y la Eutanasia en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (116), 301-328.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-116-mayoagosto-2019/la-evolucion-del-derecho-al-suicidio-asistido-y-la-eutanasia-en-la-jurisprudencia-constitucional-1>

Manuel Bertolín-Guillén, J. Eutanasia, Suicidio Asistido y Psiquiatría. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. jul-dic 2021, Vol. 41 Issue 140, 51-67. DOI: 10.4321/S0211-57352021000200003, Base de datos: Academic Search Complete.

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=17&sid=eb61cc82-b0b4-4dd2-ae2-1bddfe53ba4c%40redis>

Martínez Bullé-Goyri, V. (2013). Reflexiones Sobre la Dignidad Humana en la Actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 46, 39 – 67

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0041863313711219>

Martínez Urionabarrenetxea M. (2003) Reflexiones Sobre el Testamento Vital (I). *Atención Primaria*. p. 2

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0212656703706490>

Martínez, F. (2011). *Teorías de la Argumentación Jurídica. Una Visión Retrospectiva de Tres Autores*. *Gaceta, a*, (14).

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1065079>

Martínez-León, M., Feijoo Velaz, J., Queipo Burón, D., & Martínez-León, C. (2022).

Estudio Médico Legal de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia en España en Comparación con el Resto de los Países que Regulan la Eutanasia y/o el Suicidio

Asistido. *Revista Española de Medicina Legal*.

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/abs/pii/S0377473222000037>

Mata, O. C. M. (2018). La Eutanasia y el Surrealismo Jurídico. *Revista CONAMED*, 10(3), 24-37. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4051374.pdf>

Mejía, R. (2009). Estipulaciones de la Autotutela Para la Propia Incapacidad. La Penúltima Voluntad. Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley. E.I.R.L.

Mill, J. S. (1998). *Sobre la Libertad*. Madrid: Editorial Alianza.

MIMP, (2013) “Los Derechos Humanos en el Perú. Nociones básicas”. Lima: Editorial Ministerio de Justicia.

Mora Gutierrez, J.M. La Buena Muerte; Dignidad Humana, Cuidados Paliativos y Eutanasia. *Scripta Theologica*. feb2022, Vol. 54 Issue 1, 271-272 Base de datos: Academic Search Complete.

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=eb61cc82-b0b4-4dd2-ae2-1bddfe53ba4c%40redis>

Moreno, G. (2019). Autonomía de la Voluntad y Tratamiento Médico en Menor o Adulto Inconsciente ante el TEDH: Cuestiones Éticas y Problemas Jurídicos. *Anuario de Derecho Eclesiástico*, 571-600.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2019-10057100600

Naciones Unidas. Derechos Humanos Oficina de Alto Comisionado. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Nebot C., Ortega B., Mira J. y Ortiz L. (2010) Conocimientos y Actitudes de los Profesionales de los Equipos de Atención Primaria sobre el Documento de Voluntades Anticipadas. *Atención Primaria*. Vol. 42. p. 444).

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0212656710001885>

Nebot C., Ortega B., Mira J. y Ortiz L. (2010) Morir con Dignidad. Estudio Sobre Voluntades Anticipadas. *Gaceta Sanitaria*. vol. 43 p. 437 – 444.

<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0213911110002050>

Nino, C. S. (1992). Ética Analítica en la Actualidad. *Concepciones de la Ética*, 2, 131. Madrid: Editorial Trotta

Nino, C.S. (2007) *Ética y Derechos Humanos*. Un Ensayo de Fundamentación, Buenos Aires-Argentina: Editorial Astrea. 2da Ed. ampliada y Rev., 2da. impresión.

- ONU. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina de Alto Comisionado. (2022) *¿Qué son los Derechos Humanos?* s/f.
<https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>
- Ovalle Favela, J. (2016) Derechos Humanos y Garantías Constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, Issue 146, 149-177, ISSN 0041-8633,
<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.146.10509>
- Pérez Luño, A. (2006) *La tercera Generación de los Derechos Humanos*. Navarra, Editorial Thompson Aranzadi.
- Quijada-González, C. & Tomás y Garrido, G. M. Testamento Vital: Conocer y Comprender su Sentido y Significado. *Persona y Bioética*. jul-dic 2014, Vol. 18 Issue 2, 138-152. DOI: 10.5294/PEBI.2014.18.2.4. , Base de datos: Academic Search Complete.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=7&sid=8e0662d8-8daf-48fa-92bc-64334f1d6a96%40redis>
- Ramón, A. (2012). *Posibilidades Argumentales del Derecho en el Debate Sobre el Aborto*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34265-posibilidades-argumentales-del-derecho-debate-sobre-aborto>
- Ramos Villon, P. V. (2020) *El Testamento Vital y su Implementación en la Legislación en el Perú* [Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Federico Villareal].
<http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4119/RAMOS%20%20VILLON%20%20PEDRO%20%20VICTOR%20-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodríguez Lainz, J., Fuertes Rocañin, J., Fuertes Iglesias, C. y Rodríguez Jimenez, B., (2021) Eutanasia y Testamento Vital. España: Tho, son Reuters Aranzandi
- Sánchez D., Ignacio. La Eutanasia y el Suicidio Asistido. Una Mirada Multidisciplinaria. *Humanitas*. (2021). (07172168). Primavera Vol. 25 Issue 98, 754-764. 11p. Language: Spanish., Base de datos: Academic Search Complete.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=12&sid=eb61cc82-b0b4-4dd2-ae2-1bddfe53ba4c%40redis>
- Sánchez-Barroso, J. A. (2010). Vigencia y Operatividad de los Principios de Bioética en la Solución de Problemas a Partir de la Deliberación Moral y de la Argumentación Jurídica. *Persona y Bioética*, 14(2), 187-204.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-31222010000200008&script=sci_abstract&tlng=es
- Savater, F. (2003). *El Valor de Elegir*. Barcelona: Ariel.

- Sentencia del Tribunal Constitucional. Recaído en el expediente N°. 0216-2014-AA
- Serrano, J. M. Testamentos Vitales. *Persona y Derecho*. 2007, Issue 57, 269-288. 20p. Language: Spanish, Base de datos: Academic Search Complete.
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&sid=8e0662d8-8daf-48fa-92bc-64334f1d6a96%40redis>
- Siso Martín, J. Prontuario de la Ayuda a Morir, para Entender y Atender la Ley de Eutanasia de 2021 en España. *Revista CONAMED*. (oct-dic 2021). Vol. 26 Issue 4, 192-201.10p. Language: Spanish. DOI: 10.35366/102507. Base de datos: Academic Search Complete
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2069/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=13&sid=eb61cc82-b0b4-4dd2-ae2-1bddfe53ba4c%40redis>
- Solis, D. (2020). Los Fundamentos Constitucionales y Penales que Justifican la Legalización de la Eutanasia en el Perú.
<http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/4383>
- Torres, S. (2015) El Testamento Vital: Una Genuina Manifestación de Autonomía de la Voluntad.
http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen11/59_Torres%20MORALES.pdf
- Trejo-Gabriel-Galán, J. M. (2021). Eutanasia y Suicidio Asistido en Enfermedades Neurológicas: Una Revisión Sistemática. *Neurología*, Vol. 34, Págs. 2
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/science/article/pii/S0213485321000906>
- Velasco, N., y Llano, J. (2016). Derechos Fundamentales: Un Debate Desde la Argumentación Jurídica, el Garantismo y el Comunitarismo. *NovumJus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*; Vol. 10, no. 2 (jul.-dic. 2016); p. 35-55.
<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/16386>
- Vieira Galán, O. (2021). La Eutanasia, Una Oportunidad Para Decidir Cuándo. *ELSEVIER ESPAÑA*. Vol. 31, 263 – 265
<https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2058/sdfe/pdf/download/eid/1-s2.0-S1130862121001467/first-page-pdf>
- Vigo, R. L. (2017). *La Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch/Instituto de la Judicatura Federal.

https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/interpretacion_argumentacion.pdf

Yarlequé Cardoza, K. (2017). Apuntes del testamento Vital para su implementación y regulación en la legislación peruana. Universidad de Piura.

https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2643/DER_85.pdf

ONU (2015) Declaración Universal de los Derechos Humanos

https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf



ANEXOS



Proyecto de Ley: Ley que Regula el Testamento Vital

Artículo 1º: El Objeto de la Ley.

La creación de la presente ley, tiene como objeto, regular el otorgamiento y uso del testamento vital, para que las personas que, en pleno uso de sus capacidades, y que sepan o prevean que a futuro no podrán expresar su voluntad por sí mismos, decidan hacerlo anticipadamente a través de este instrumento, sobre temas de disposición de tratamientos y otros referentes a la salud y vida del declarante.

Artículo 2º: Sobre la Capacidad.

Toda persona con capacidad jurídica, mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, y que actúe libremente; además que padezca alguna enfermedad incurable, crónica e irreversible; o que, como producto de un accidente, se pueda presumir que en un futuro no podrá expresar su voluntad.

Artículo 3º: Momento y Contenido de la Declaración.

En el momento que desee, puede dejar establecido de manera expresa, clara y precisa su declaración anticipada de voluntad, con respecto a la aceptación o negación para ser sometido a intervenciones quirúrgicas, tratamientos terapéuticos, uso de aparatología médica y otros cuyo fin sea prolongar la vida. También está permitido la declaración sobre el uso de la eutanasia, como derecho fundamental; a través del cual se autoriza al personal médico para que le suministre fármacos necesarios para acabar con su vida. Por lo que a través de esta ley especial, debe quedar sin efecto el artículo 112 del Código Penal, para el personal médico que actúe aplicando la eutanasia en atención a la presente ley.

Artículo 4º: Sobre la Solemnidad.

La voluntad con respecto a temas de salud en cuanto a tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, a los que se refiere el artículo 2; deben cumplir con las formalidades de las escrituras públicas y además contar con los siguientes requisitos:

- 1) La Solicitud personal y escrita, por parte del interesado.

- 2) La voluntad de declarante debe plasmarse por escrito a través de una escritura pública, denominada testamento vital, además esta escritura pública puede ir acompañada como anexo de filmaciones, donde se establezca el pedido.
- 3) La verificación del Notario, con respecto a la capacidad jurídica y psíquica del declarante, el representante y los testigos.
- 4) Designar un representante que actúe como intermediario ante el médico o institución sanitaria para que se respete la voluntad expresada en el Testamento Vital, que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1, y también debe firmar el testamento vital.
- 5) Designar dos testigos. Estos deberán cumplir los mismos requisitos expresados en el Artículo 1° donde consta la capacidad para otorgar la declaración y además no debe tener ningún grado de parentesco familiar o político, matrimonio o relación profesional, ni patrimonial. Los mismos que también están obligados a firmar el testamento vital, en calidad de testigos.
- 6) Solo en el caso en que la declaración de voluntad en el testamento vital, haga referencia a la eutanasia, debe ir acompañada de un informe médico detallado, que establezca el padecimiento de dolores insoportables o crónicos, que denigren la dignidad humana.

Artículo 5°: Eficacia y Extensión de la Norma.

Surte sus efectos, al momento de la firma por parte del declarante y los llamados por ley a hacerlo; y tendrá plena eficacia y se extenderá para ello; aun cuando el declarante llegue a estar en estado de incapacidad física o psíquica.

Artículo 6°: Sobre el Representante.

El declarante, deberá establecer en el documento al que se hace referencia en esta ley, la designación de un representante, quien deberá ser una persona mayor de edad, con capacidad, física, psicológica y jurídica para poder aceptar libremente el cargo, a fin de que si en un futuro, el declarante no pudiera expresar su voluntad por el avance o deterioro de sus funciones biológicas o psíquicas; este -el representante-, pueda hacer valer la voluntad plasmada en el testamento vital, por el declarante, velando por su cumplimiento; y sea capaz de tomar decisiones por sí mismo, frente a cualquier contingencia referida a la salud y vida del declarante.

Artículo 7°: Limitaciones de la Declaración.

El Testamento Vital no podrá contener instrucciones que resulten contrarias al ordenamiento jurídico, salvo la inaplicación a la que hace referencia el artículo 2°; y además aquellas que dispongan restricciones al tratamiento necesario para la alimentación o hidratación (parental o enteral)

Artículo 8° Sobre la Revocatoria o Modificación del Testamento Vital.

El testamento vital, podrá ser revocado o modificado, en cualquier momento, para lo cual, basta el único requisito es que el declarante así lo manifieste y comparezca personalmente ante el notario, para dejar sin efecto el testamento vital. En caso el declarante se encuentre incapacitado, su representante podrá revocar dicha voluntad siempre que sea en beneficio de aquel. En cualquier caso, el médico deberá dejar constancia en la historia clínica.

Artículo 9°: Sobre las Obligaciones del Médico.

La autoridad médica tiene la obligación de cerciorarse de la existencia de un Testamento Vital del paciente. La existencia del mismo obliga a las autoridades médicas a respetar la voluntad expresada en forma anticipada por el paciente, anexando una copia del mismo, a la historia clínica. El no cumplimiento del mismo acarrea consecuencias administrativas, civiles y penales, al ser considerado como mala praxis.

3. Artículo 10°: Consideraciones Finales.

La presente ley tendrá eficacia en todo el territorio nacional, de manera que todos los profesionales de la salud deberán acatar y aceptar dicha voluntad y corresponde a las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud MINSA y ESSALUD, velar por el cumplimiento de las declaraciones de voluntad anticipadas sobre tratamientos médicos, anexando el testamento vital a la historia clínica, además de crear la reglamentación correspondiente para la ejecución de la eutanasia si fuere el caso. El Ministerio de Salud deberá implementar amplia difusión y proveer programas educativos para el personal médico, así como para los usuarios del servicio de salud acerca de las declaraciones anticipadas de voluntad sobre tratamientos médicos.