

UNIVERSIDAD DR. JOSÉ MATÍAS DELGADO

RED BIBLIOTECARIA MATÍAS

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

DEL REGLAMENTO DE GRADUACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DR. JOSÉ MATÍAS DELGADO

Capítulo VI, Art. 46

“Los documentos finales de investigación serán propiedad de la Universidad para fines de divulgación”

PUBLICADO BAJO LA LICENCIA CREATIVE COMMONS

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Unported.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



“No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.”

Para cualquier otro uso se debe solicitar el permiso a la Universidad

Universidad Dr. José Matías Delgado

Facultad de Posgrados y Educación Continua

Maestría en Derecho Constitucional



Ensayo de investigación

“El Derecho Fundamental a la Muerte Digna en El Salvador, como manifestación de la autonomía personal para pacientes con enfermedades terminales o situaciones que generen un estado de indignidad en su vida”

Trabajo presentado para optar al título de:

Máster en Derecho Constitucional

Presentado por:

Francisco Fernando Molina Castro

Asesor:

Mtro. Rodolfo Ernesto González Bonilla

16 de enero de 2018

Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador

INDICE

| | |
|---|----|
| Abreviaturas | 5 |
| Reconocimientos | 6 |
| Introducción..... | 7 |
| Capítulo I..... | 8 |
| Marco teórico y planteamiento del problema | 8 |
| Marco teórico..... | 8 |
| 1. La eutanasia desde la perspectiva de los derechos fundamentales: el derecho a la muerte digna..... | 8 |
| 1.1 Verificación del reconocimiento constitucional..... | 8 |
| 1.2 Verificación del reconocimiento jurisprudencial | 11 |
| Planteamiento del problema..... | 12 |
| 1.3 Delimitación de la naturaleza del derecho a la muerte digna: como un derecho subjetivo autónomo o como manifestación de otro derecho fundamental..... | 12 |
| 1.4. La muerte digna como derecho subjetivo | 12 |
| 1.4.1. Teorías sobre derecho subjetivo | 12 |
| 1.4.1.1 Las teorías tradicionales..... | 12 |
| 1.4.1.2 Las teorías actuales | 16 |
| 1.4.1.2.1 Teoría de luigi ferrajoli | 17 |
| 1.4.1.2.2 Teoría de robert alexy..... | 19 |
| 1.5. La muerte digna como derecho fundamental..... | 20 |
| 1.5.1 Propiedades formales | 21 |
| 1.5.2 Propiedades materiales | 23 |
| 1.6 Objetivos..... | 27 |
| 1.6.1 General..... | 27 |
| 1.6.2 Específico..... | 27 |
| Capítulo II | 28 |
| Antecedentes..... | 28 |
| 2. El derecho a la vida | 28 |
| 2.1 Distintas concepciones..... | 30 |

| | |
|---|-----------|
| 2.1.1 El derecho a vivir, a permanecer con vida o seguir viviendo | 31 |
| 2.1.2 El derecho a vivir bien o vivir con dignidad..... | 32 |
| 2.1.3 El derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato..... | 32 |
| 2.1.4 El derecho a no morir..... | 33 |
| 2.1.5 El derecho a no morir arbitrariamente..... | 33 |
| Capítulo III | 35 |
| Justificación | 35 |
| 3. El derecho a disponer de la propia vida..... | 35 |
| 3.1 Argumentos en contra de la disponibilidad de la propia vida..... | 37 |
| 3.1.1 La vida pertenece al estado..... | 37 |
| 3.1.2 El argumento del daño a terceros. | 38 |
| 3.1.3 El argumento Kantiano..... | 39 |
| 3.1.4 El argumento religioso. | 40 |
| 3.2 Argumentos a favor de la disponibilidad de la propia vida. | 44 |
| 3.2.1 Incompatibilidad con otras figuras legalmente reconocidas | 44 |
| 3.2.2 La tesis de la autonomía de la persona..... | 45 |
| 3.2.3 El argumento de la dignidad humana..... | 48 |
| 3.2.4 El encarnizamiento terapéutico..... | 50 |
| Capítulo IV..... | 53 |
| 4. Conceptos básicos y relación con la eutanasia..... | 53 |
| 4.1 Origen del término y relación con otros vocablos | 53 |
| 4.2. Clasificación de la eutanasia..... | 57 |
| Capítulo V | 61 |
| Propuesta de solución..... | 61 |
| 5. El derecho a la muerte digna ¿un problema jurídico o un problema de ética pública? | 62 |
| 5.1. Derivacion del derecho a la muerte digna..... | 65 |
| 5.2 La muerte digna como manifestación del derecho a la vida | 69 |
| 5.3 La muerte digna como manifestación de la autonomía del individuo. | 72 |
| 5.4. Implicaciones del reconocimiento de la muerte digna como derecho fundamental..... | 75 |
| 5.5 El delito de homicidio piadoso, art. 130 del Código Penal salvadoreño | 75 |

| | |
|---|-----------|
| 5.6 El delito de inducción o ayuda al suicidio, art. 131 del Código Penal salvadoreño | 78 |
| 5.7 La tutela del derecho fundamental mediante la figura del amparo..... | 80 |
| 5.8 Derecho comparado..... | 82 |
| Cuadro Comparativo | 82 |
| 5.9 Países en los que la eutanasia es legal..... | 82 |
| 5.10 Legislación que penaliza el suicidio asistido, homicidio piadoso o inducción al suicidio en América Latina..... | 84 |
| Conclusiones..... | 86 |
| Recomendaciones | 87 |
| Indice bibliográfico | 88 |

Abreviaturas

| | |
|--------------|--|
| ART. | Artículo |
| CIDH. | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CP. | Código Penal |
| PAG. | Página |
| AMP. | Amparo |
| INC. | Inconstitucionalidad |
| SENT. | Sentencia |

Reconocimientos

Mis agradecimientos van dirigidos, primeramente, a Dios todopoderoso, porque sin Él, ningún logro en mi vida sería posible. Por ello, Le agradezco a mi padre celestial por su guía en cada logro de mi vida y por permitirme seguir cosechando frutos en el ámbito profesional.

En segundo lugar, agradezco a mi familia, porque ellos son el pilar fundamental de mis valores, los cuales han servido para hacer posible el cumplimiento de mis objetivos. Así pues, agradezco a mis padres por inculcarme el deseo constante de superación personal y profesional; por enseñarme a no rendirme nunca y por instruirme que el único camino al éxito es la perseverancia. A mis hermanos y sobrina, por su constante apoyo y cariño, sin el cual las metas en mi vida no serían posibles y, sobre todo, a mi amada esposa, por enseñarme que en esta vida los límites los ponemos nosotros mismos; por apoyarme y alentarme en la constante preparación y superación.

En tercer lugar, a todos mis amigos que siempre creyeron en mí, así como a todas aquellas personas que me brindaron su apoyo para culminar esta investigación.

Finalmente, agradecer a mi asesor Mtro. Rodolfo González Bonilla, quien no solo ha sido mi mentor y modelo a seguir en el Derecho Constitucional, sino también guía durante todo el proceso. Gracias por su apoyo incondicional, responsabilidad, profesionalismo, conocimiento y orientación en cada momento, sin ellos no hubiese sido posible culminar la investigación en un tema tan trascendental como el desarrollado en este ensayo.

Mis más sinceros agradecimientos.

Introducción

El presente ensayo de investigación pretende, por una parte, establecer aspectos básicos relativos a la muerte digna y, por otra, determinar que la misma es un verdadero derecho fundamental y, por lo tanto, tutelable frente al Estado. He de advertir al lector, que mi obra no tiene una inclinación netamente filosófica; tampoco tiene un enfoque estrictamente legalista, ni mucho menos desde el punto de vista médico. El presente ensayo, es más una propuesta a reconocer que las personas tienen derecho a decidir cómo y cuándo finalizar sus vidas, obviamente, bajo determinadas circunstancias; pero también, es una crítica al pensamiento que impera en la sociedad actual, y que, lamentablemente no ocurre solo en El Salvador, sino en la mayoría de países del mundo.

Así pues, esta obra, además de significar un estudio doctrinario y jurisprudencial sobre ciertas figuras como la vida, la muerte, la autonomía de los individuos, entre otros, es una invitación a reflexionar si el problema que rodea a la muerte digna (recurrente, además, en temas como aborto o matrimonio igualitario) es en realidad un problema estrictamente jurídico o, si en realidad, es más un problema moral. Para ello, se analizarán las distintas teorías –tradicionales y actuales– sobre derechos subjetivos, que son la base para determinar cuándo un derecho debe ser considerado como fundamental.

Posteriormente, se hará alusión a cuál es la naturaleza del derecho a la muerte digna, como también se establecerá si el mismo es un derecho autónomo o si, por el contrario, es la manifestación de otro derecho fundamental. También se hará alusión a los distintos argumentos que normalmente se utilizan, tanto para estar en contra del reconocimiento a la muerte digna, como a su favor y, sobre la base de estos, se propondrá cuáles son los más adecuados para dar solución al problema que implica la figura de la muerte digna, particularmente con relación a la eutanasia como tal.

De igual forma, se hará alusión a las distintas figuras o formas de proceder durante la finalización de la vida, especialmente sobre la que genera mayor controversia, es decir la eutanasia activa. A su vez, se propondrá una forma de poder tutelar el derecho fundamental a la muerte digna, como, también, se realizará un análisis de las implicaciones que conlleva reconocer el mismo, principalmente sobre cómo afecta a dos figuras en particular: el homicidio piadoso y la ayuda al suicidio. Finalmente, se realizará un análisis sobre el derecho comparado en la materia, con mayor énfasis a la legislación penal en el tema.

Capítulo I

Marco teórico y planteamiento del problema

Marco teórico

1. La eutanasia desde la perspectiva de los derechos fundamentales: el derecho a la muerte digna.

1.1 Verificación del reconocimiento constitucional.

El primer presupuesto para discutir si las personas naturales tienen “derecho” a ponerle fin a su vida de forma digna radica, precisamente, en determinar si el acto a realizar se trata o no de un derecho, más concretamente, de un Derecho Fundamental y que, por tanto, pueda ser tutelable frente al Estado. Para ello, se torna necesario partir de una premisa básica: comprobar si el derecho a la muerte digna se encuentra regulado explícitamente en nuestra Constitución, y, en caso de no estarlo, verificar si ha sido derivado jurisprudencialmente por nuestro Tribunal Constitucional.

Así pues, no se requiere mayor esfuerzo, para concluir que el derecho en cuestión, carece de reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna. De hecho, en ningún país del mundo existe una constitución que lo regule de forma explícita (como sí ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida, salud, integridad, entre otros., que gozan de reconocimiento homogéneo); por lo que, ha sido por la vía de la ley secundaria, o bien, mediante el reconocimiento jurisprudencial, que en los países donde existen figuras como la eutanasia, suicidio asistido, muerte digna u otros, se ha logrado el reconocimiento de las mismas.

En los Países Bajos por ejemplo, y como pioneros en el tema, en 2001 se aprobó la ley 2669/2001, denominada “Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio”¹; posteriormente, en Bélgica 2002, se aprobaron dos leyes denominadas “Ley Relativa a la Eutanasia” y “Ley Relativa a los Cuidados Paliativos”²; luego, en Luxemburgo en 2009, se aprobó la “Ley de 16 de marzo 2009 Sobre la Eutanasia y la Asistencia al Suicidio”³. Canadá aprobó en 2016 la Ley Federal Sobre la Ayuda Médica Para Morir⁴; sin embargo, con anterioridad la provincia de Quebec había aprobado en el año 2014 la eutanasia voluntaria.

¹ Vid. Senado, 26691 nº 137, año 2000-2001.

² Vid. *Parlementaires du Sénat de Belgique* –itálicas– 2001-2002.

³ Vid *Memorial Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg* –itálicas–, 2009.

⁴ Vid *Legislative Background: Medical Assistance in Dying* –itálicas–, Bill C-14, as Assented to on June 17, 2016.

De igual manera, existen países donde no ha sido aprobada la eutanasia, pero se han sancionado leyes que permiten el suicidio asistido (o bien, su despenalización en ciertas circunstancias), como es el caso de Suiza, que, aprovechando un vacío en su legislación penal y apelando al “derecho a decidir” de los individuos, admite esa práctica desde mediados del siglo pasado. Por otra parte, en países como Alemania, Italia, Francia, Austria, Dinamarca, Suecia, Noruega, España o Argentina (con la Ley 26.742 de 2012) se reconoce el derecho de las personas a la “muerte digna”. Sin embargo, dicho término no está relacionado con conductas eutanásicas, sino que implica garantizarle cuidados paliativos a quienes se encuentren en determinadas condiciones, situación que, como se expondrá posteriormente, conlleva al encarnizamiento terapéutico. Respecto de la legislación comparada haré alusión de manera más detallada en el Capítulo V de este ensayo.

A manera de comentario, considero oportuno apuntar que, si bien es cierto, los Países Bajos son siempre mencionados como el primer país en legalizar la eutanasia directa (activa y pasiva), el estado australiano de Territorio del Norte, técnicamente hablando, fue el primer país del mundo en legitimar dicha práctica, pues en febrero 1996 sancionó una ley llamada “Ley de Derechos de los Enfermos Terminales”, la cual permitía a personas con ese tipo de afecciones solicitar la finalización de su vida (de hecho, cuatro personas optaron por ello mientras duró su vigencia). Sin embargo, apenas un año después, es decir en marzo de 1997 y, por presiones del Primer Ministro australiano, el conservador John Winston Howard (apoyado principalmente por la Iglesia Católica), el Parlamento Federal decidió revocarla⁵. De igual manera, cabe indicar que, la muerte asistida (o suicidio médicamente asistido) es legal en el estado de Oregón, en Estados Unidos desde el año de 1994, gracias a la Ley Sobre la Muerte con Dignidad.

Pasemos ahora, a analizar el caso salvadoreño, que en el art. 1 Cn. establece: “[e]l Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo, reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”; mientras que el art. 2 Cn. en su inciso primero dispone: “[t]oda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”; nótese entonces, que el énfasis únicamente está orientado, a garantizar y preservar el derecho a la vida como tal, en todas sus manifestaciones, es decir, a la protección “positiva” del mismo, con la subsecuente prohibición-obligación del Estado de abstenerse a vulnerarla, lo cual generaría una especie de vinculación “negativa” hacia este último, *v.gr.* protección contra la privación arbitraria del derecho a la vida, derecho a vivir dignamente, etc.; protección, que básicamente

⁵ véase el comentario del Dr. Luis F. Niño publicado en *Cuadernos de Bioética*, N° 1, 1997, p. 219-238.

es la única a la cual ha dotado de contenido nuestro Tribunal Constitucional, pues se ha reconocido que: “...el contenido del derecho a la vida comprende dos aspectos fundamentales: el primero, referido a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y el segundo, relacionado con el derecho de estas de acceder a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas... el derecho en cuestión comporta la necesidad de brindar a las personas las condiciones mínimas que, de manera indefectible, resultan indispensables para el desarrollo normal y pleno del proceso vital ...”⁶.

Al respecto, señala Rey Martínez que “... [p]ocas dudas ofrece el hecho de que la protección jurídica de la vida es un derecho de defensa de toda persona frente a los poderes públicos del que se derivarían una prohibición y una obligación: los Estados estarían vinculados de modo negativo”; y ello, a juicio del citado autor, es debido a la estructura peculiar que tiene el derecho a la protección jurídica de la vida: a) es el presupuesto lógico y ontológico del resto de derechos; b) su vulneración tiene un carácter irreversible; c) la misma noción de “vida” es un concepto central en la religión y la moral, lo cual es propicio para el debate ideológico y jurídico⁷.

Lo anterior es, precisamente, porque el Estado salvadoreño considera a la persona humana, como el “fin y origen” de “toda” su actividad, situación que denota una clara visión antropocéntrica de nuestro constituyente, lo cual *per se* no tiene implicaciones negativas, pues los individuos debido a su naturaleza, inevitablemente se vuelven sujetos de derechos, o como diría Flores Madrigal “*un ser con valores propios, merecedor de respeto y tutela, ya que el ordenamiento tiene en consideración en todo momento la dignidad del hombre y sus atributos, como un valor central y primario*”⁸. Y destaco que, *prima facie*, ello es ineludible, porque efectivamente y en esencia, la persona humana es el origen y fin de todo Estado, pues éste vive por y para los individuos que componen a la sociedad que rige y, no debe perderse de vista, el tortuoso proceso evolutivo que ha tenido a lo largo de la historia su figura hasta alcanzar lo que hoy conocemos como Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, la vertiente negativa opera, a mi juicio, en situaciones como la reflejada en nuestra Constitución en sus arts. 1 y 2, pues tiene una finalidad (o al menos en apariencia), de proteger a la vida de una forma casi incondicional,

⁶ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 11 de marzo de 2015, Referencia 400-2011 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

⁷ Vid. REY MARTÍNEZ, F., *La protección jurídica de la vida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo, Tomo V, Volumen 2, p. 283.

⁸ Vid. FLORES MADRIGAL, G., *El derecho a la protección de la vida e integridad física*, Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, protección de las personas y derechos fundamentales, UNAM, 2006, p. 140.

incluso desde el momento de la concepción, lo cual es sumamente discutible, pues la redacción actual de dichas disposiciones pareciera elevar a la vida a una categoría de “derecho absoluto”, situación inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, debido (entre otras cosas) a los límites internos y externos del mismo y que todos los derechos fundamentales poseen en su estructura, pues no debe perderse de vista, que el ejercicio legítimo de todo derecho por parte de un individuo tiene como límite, el ejercicio legítimo de los derechos de otros individuos. Sin embargo, considero que la discusión sobre la interpretación que puede darse a los arts. 1 y 2 Cn., es material para otro tipo de ensayo investigativo. De momento, y para los efectos de lo que nos interesa en este estudio, lo que puede concluirse de un análisis superficial sobre las disposiciones constitucionales en comento, es que nuestro constituyente (y constituyente derivado, en la respectiva reforma de 1999) lo que reconocen como derecho fundamental, es el derecho a la vida (con su subsecuente obligación al Estado de proteger la misma), mas no la facultad a su titular, de disponer el momento en el cual desea finalizarla.

1.2 Verificación del reconocimiento jurisprudencial

Similar situación ocurre con la jurisprudencia nacional en el tema, pues no obstante la Sala de lo Constitucional ha dotado de amplio contenido el derecho a la vida, debido a su enorme importancia, ya que “...Independientemente de las acepciones que se hayan dado a la categoría “vida” en razón de las diferentes perspectivas que la enfocan –filosóficas, teológicas, médicas, genéticas-, la misma ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la Constitución reconoce, razón por la cual se explica con claridad su ubicación dentro del Capítulo Primero Sección Primera de dicha Norma...”⁹; y pese a reconocer que “...El carácter esencial e imprescindible de la vida humana como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades, así como para el disfrute de los bienes, ha posibilitado su reconocimiento como un derecho fundamental que merece una especial protección por parte del Estado...”¹⁰; el derecho a la muerte digna, tampoco ha sido derivado jurisprudencialmente.

Sin embargo, lo anterior no implica que el mismo no tenga reconocimiento constitucional, o que, por el contrario, dada la redacción del art. 1 Cn. su reconocimiento sea imposible, pues como indica Bidart Campos “la omisión, muy lejos de responder a olvido o a menosprecio, es más bien la reafirmación de que en un Estado democrático no es imprescindible que los derechos consten por

⁹ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 4 de abril de 2001, Referencia 348-99 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁰ Sentencia de Amp. 400-2011.

*escrito, porque hacen a su esencia constitutiva*¹¹; por lo que, el objetivo del presente trabajo de investigación consistirá en definir que el derecho a la muerte digna, constituye un verdadero derecho fundamental.

Para lograr tal cometido, plantearé dos propuestas alternas, partiendo de la naturaleza del derecho en estudio: 1) reconocer a la muerte digna como un derecho subjetivo autónomo, y a partir de ello, determinar si posee o no las características de un derecho fundamental a la luz de lo establecido por la doctrina mayormente aceptada; y, 2) realizar la derivación del mismo, a partir del método más adecuado, conforme a lo aceptado tanto por la doctrina constitucional, como por el derecho comparado. De tales propuestas y, dependiendo de los problemas que puedan presentar una u otra, estableceré mi postura respecto de la alternativa que considere más viable (o bien, menos problemática).

Planteamiento del problema

1.3 Delimitación de la naturaleza del derecho a la muerte digna: como un derecho subjetivo autónomo o como manifestación de otro derecho fundamental.

1.4 La muerte digna como derecho subjetivo

Para determinar si el derecho a la muerte digna es un derecho fundamental autónomo, o si, por el contrario, carece de alguno de los atributos para considerarlo como tal, es pertinente partir de una premisa básica: qué cualidades o características, debe tener un derecho para ser considerado fundamental. Bernal Pulido, siguiendo la doctrina de Robert Alexy nos indica que “... *[l]os derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas (...) entre estas (...) se encuentran (...) la validez jurídica (...) su carácter abstracto (...) y su generalidad...*”¹². Tórnase inevitable entonces en primer lugar, (a) definir si el derecho a la muerte digna, puede ser catalogado como un derecho subjetivo autónomo, y posteriormente, (b) delimitar si siendo un derecho subjetivo, posee las características de un derecho fundamental. Para lograrlo, el punto de partida es elegir la teoría sobre derechos subjetivos más adecuada.

1.4.1 Teorías sobre derecho subjetivo

1.4.1.1 Las teorías tradicionales

¹¹ Vid. BIDART CAMPOS, G., “*Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional*”, Revista Derecho y sociedad, número 18, año 2002, p. 256.

¹² Vid. BERNAL PULIDO, C., *Derechos Fundamentales*, Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, volumen dos, UNAM, pp. 1571 y 1572.

El punto de partida (y primer problema) es sin duda alguna, definir a la luz de las principales teorías (tradicionales y actuales), cuál es la más adecuada y dentro de la que pueda encajarse el derecho a la muerte digna. Así pues, en un primer plano encontramos las tres teorías clásicas sobre el derecho subjetivo: (i) la teoría de la voluntad, (ii) la teoría del interés y (iii) la teoría mixta.

Sobre la primera, Vallado Berrón, nos indica que su principal exponente es el jurista alemán Bernhard Windscheid, quien en su obra “Lehrbuch des Pandektenrechts”, define al derecho subjetivo como el “...*poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico*”, entendiéndose por “voluntad” la de la norma jurídica y no del individuo facultado por esta, es decir es el “*derecho objetivo otorgando facultades a los sujetos designados por la norma...*”¹³. A partir de ello, derecho subjetivo puede emplearse en dos sentidos: a) como facultad de exigir un determinado comportamiento (ya sea positivo o negativo) a los individuos que se encuentren frente al titular del derecho; y b) como facultades concedidas por las normas, a los individuos para (i) crear, (ii) modificar o (iii) extinguir relaciones jurídicas.

Esta tesis fue duramente criticada por muchos, y Álvarez Gálvez nos indica que entre ellos se encontraba Hans Kelsen, quien consideraba que dicha teoría “... *únicamente explicaba cómo la voluntad del orden jurídico llega a ser el derecho subjetivo afirmando que la voluntad de aquel, es decir el comportamiento del obligado, se forma con el contenido de la del titular del derecho...*”¹⁴. Sin embargo, el principal detractor de esta teoría fue el también jurista alemán Rudolf Von Ihering, quien consideraba que la esencia del derecho no podía encontrarse en la parte volitiva del ordenamiento, y por ello, propuso la Teoría del Interés.

Uribe Correa y Parra Benítez, nos indican que Ihering, en su obra “El Espíritu del Derecho Romano”, propugnaba que en todo derecho subjetivo existen dos elementos: a) el *sustancial*, que consiste en un “interés” (utilidad, ventaja, ganancia, etc.), entendido en sentido amplio y no restrictivo, y que por tanto puede estar ligado a cuestiones económicas, sociales, familiares, de la personalidad, entre otros. No obstante, posteriormente, el mismo Ihering reconocería que su doctrina únicamente era aplicable a los “intereses medios” o generales de una sociedad, que se protegen independientemente de los propósitos individuales; y b) el *formal*, que implica la defensa de ese interés por parte del derecho u ordenamiento jurídico; por lo que, la esencia de la teoría de Ihering radica, no sólo en reconocer un “interés”, sino que el mismo debe estar jurídicamente protegido, y es ello, lo que le eleva a la categoría de “derecho subjetivo”¹⁵.

¹³ Vid. VALLADO BERRÓN, F., “*El derecho subjetivo*”, Revista de la facultad de Derecho de México, N° 19, p. 130.

¹⁴ Vid. ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í., “*Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen*”, Boletín de la facultad de derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, número 17, 2001, p. 31.

¹⁵ Vid. URIBE CORREA, L. y PARRA BENÍTEZ, J., “*Introducción al Derecho: notas de clase, cuarta parte*”, Revista facultad de Derecho y ciencias políticas Año 1984, Número 66, p. 121.

Esta teoría parece más completa que la tesis de la voluntad, sin embargo no está exenta de críticas, siendo la principal, tal como sucede con la teoría de Windscheid, que la misma no diferencia de manera sustancial el derecho subjetivo del objetivo, y además, los “intereses medios” que se tutelan por el ordenamiento, únicamente se limitan a los protegidos por el derecho positivo en una época concreta, en donde el principal problema es el subjetivismo de turno, que considere como “tutelable” un interés determinado. Es precisamente por esas falencias, que nace la Teoría Mixta, de la Combinación o Ecléctica, propuesta en un inicio por Bernatzik, y luego seguida por Georg Jellinek, que básicamente y como su nombre lo indica, combina las tesis voluntarista y del interés, para luego considerar al derecho subjetivo como “...*un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual...*”¹⁶.

Sin embargo, al ser una fusión de las dos teorías sustanciales, como consecuencia lógica, en el fondo la tesis mixta presentaría los mismos problemas que sus predecesoras, siendo para Kelsen uno de los principales, que todas esas teorías en esencia propugnan la existencia del derecho subjetivo antes que el objetivo (norma jurídica), algo inadmisibles para la teoría del jurista alemán, para quien no existen derechos previos a los derechos positivos, es decir, “no hay derechos antes del Derecho”, por lo que considera un yerro que “... *se acostumbre contraponer la obligación jurídica, el estar obligado jurídicamente, al derecho subjetivo, como tener derecho, poniendo a este último en primer lugar. Se habla, en el campo del derecho, de derechos y obligaciones, y no al revés, de deberes y derechos (en el sentido de tener un derecho) como en el campo de la moral, donde se hace mayor hincapié en los deberes...*”¹⁷.

El jurista Gavara de Cara, explica de manera muy clara el problema de las teorías tradicionales, al considerar que, en primer lugar, se articula el concepto de derecho subjetivo única y exclusivamente a partir del titular del derecho (ya sea su voluntad o su interés). En segundo lugar, estas definiciones no son completas desde el punto de vista del titular del derecho, ya que existen posibles titulares que quedan fuera del marco del concepto de derecho subjetivo utilizado (existen titulares que no tienen voluntad o interés, pero tienen derechos)¹⁸.

Otra teoría que considero sumamente importante destacar, es considerar los derechos subjetivos *como pretensiones*, más concretamente *como pretensiones morales*. Para ilustrar este punto, traeré a colación la tesis de uno de sus mayores referentes: Herbert L. A. Hart. Así pues, Cruz Parceró nos indica que según Hart existe una íntima conexión entre los derechos morales y los derechos jurídicos; en ese sentido, el concepto de derecho subjetivo pertenece a aquella rama de la ética que se ocupa específicamente de determinar “cuando la libertad de una persona puede ser limitada por la de otra, determinando así qué acciones

¹⁶ URIBE CORREA y PARRA BENÍTEZ, Óp. Cit. p. 122.

¹⁷ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM, 1982, p. 138.

¹⁸ Vid. GAVARA DE CARA, J., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994, p. 43.

pueden transformarse adecuadamente en objeto de reglas jurídicas coercitivas”. En ese sentido, Hart parte de la tesis de los “opuestos y correlativos” de Hohfeld, particularmente de la distinción entre derechos y libertades (privilegios) y distingue entre derechos morales “especiales” y “generales”¹⁹.

Los derechos especiales como su palabra lo indica, nacen de alguna relación especial entre individuos y únicamente las partes de dicha relación son los titulares del derecho y los sujetos de la obligación. Los derechos generales por su parte, son aquellos invocados “defensivamente” cuando existe una interferencia injustificada, o existe una amenaza de ella y tienen dos características: 1) ser titular de ellos implica tener una justificación moral que determine cómo otro deberá actuar, y 2) la justificación moral no surge del carácter de la acción particular a cuya ejecución el pretensor tiene derecho, lo que justifica la pretensión es que se trata de una concreción del derecho igual a ser libres²⁰.

Sin embargo, considero que la tesis aportada por Hart, por si sola resulta insuficiente para sostener de manera razonable, que el derecho a la muerte digna es un derecho subjetivo autónomo, pues algunas falencias de su teoría son, por ejemplo, que no acierta a distinguir dos partes de ese derecho, por un lado la libertad de actuar, y por el otro, la pretensión de no interferir; o que no logra distinguir los derechos como pretensión de los derechos como poder o competencia, lo cual ocurre por concebir los derechos-pretensión como justificaciones de la coerción para hacer cumplir dichas pretensiones, “...*el tener una pretensión no implica tener el poder de imponer o hacer cumplir tales pretensiones, no todas las pretensiones morales justifican que se imponga su cumplimiento coactivamente...*”²¹.

La tesis de Kelsen parece solucionar los problemas de las teorías clásicas, enfocadas, principalmente, en definir el término “derecho subjetivo” a partir de un “atributo jurídico del titular del derecho”. Gavara de Cara nos indica que Kelsen en su teoría no niega de manera expresa la existencia de derechos subjetivos sino que critica las posiciones clásicas que, según él, analizan “momentos metajurídicos” y se empeñan en ver el derecho subjetivo como algo sustancialmente distinto al derecho objetivo, con lo cual, lo único que se hacía era poner de manifiesto lo que el derecho reconoce o protege. Por tanto, Kelsen intenta destacar, la protección y no lo protegido, y por ello, no concibe el derecho subjetivo como una voluntad, un interés o un bien [objetos protegidos por el orden jurídico], sino simplemente como “protección”, es decir, como parte integrante del orden jurídico y, más concretamente, como la norma misma considerada desde el punto de vista de su relación especial con el sujeto²².

¹⁹ Vid. CRUZ PARCERO, J., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría del Derecho contemporánea*, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1998, p. 223.

²⁰ *Ibíd.* Óp. Cit. pág. 224.

²¹ *Ídem.* pág. 232.

²² GAVARA DE CARA, *Ibíd.* Óp. Cit. pág. 47.

Por tal motivo, para Kelsen el derecho subjetivo deriva de una norma jurídica en sentido estricto, es decir, implica una actividad del Estado que establece determinados deberes para sus ciudadanos que, en caso de incumplirlos, da lugar a la aplicación de sanciones, penas o medidas. Según esta teoría, si bien es cierto la norma jurídica es la que establece el “derecho”, también puede afirmarse que ese derecho es idéntico al correlativo deber que es establecido para otro por la norma jurídica, y por lo tanto, ambas modalidades jurídicas están relacionadas: un derecho siempre recae sobre un deber, aunque no a la inversa, es decir, toda norma jurídica establece un deber, pero no todas proclaman un derecho²³.

Alf Ross por su parte, también niega [en cierta medida] la existencia de los derechos subjetivos. Según su teoría, el concepto de derecho subjetivo es un mero “vehículo lingüístico”, sin referencia semántica en concreto, es decir, es una palabra desprovista de todo significado que únicamente sirve como “herramienta” técnica de presentación de hechos condicionantes a los que se les conectan determinadas consecuencias jurídicas. Ross pone de ejemplo el derecho de propiedad: la propiedad representa únicamente la conexión de una serie de hechos que crean la “propiedad” y van a implicar una serie de consecuencias jurídicas que la “propiedad” trae aparejadas, es decir, el término “propiedad” se inserta entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas, siendo en realidad sólo una palabra sin referencia semántica que es utilizada como instrumento de conexión²⁴.

Como puede apreciarse, estas teorías resultan insuficientes para catalogar la muerte digna como un derecho subjetivo autónomo, pues por una parte, datan de finales del siglo XIX o inicio del siglo XX, lo cual hace casi imposible que a día de hoy no se encuentren ya superadas, aunque como ilustraré más adelante, incluso las teorías más aceptadas tienen su base en las tradicionales; y por otra, todas presentan el mismo problema de fondo: no diferencian entre derecho subjetivo y derecho objetivo de una forma clara. Por tal razón, debemos acudir a otras tesis que nos permitan determinar dicha situación, lo cual no será tarea fácil, pues definir qué es un derecho subjetivo, es un debate que se encuentra vigente aún en nuestros días.

1.4.1.2 Las teorías actuales

Para definir mi postura, sobre cuál es la teoría actual más adecuada que permita sostener, de manera suficiente que la muerte digna es un derecho subjetivo, considero pertinente partir de la definición de dicho término, el cual, como indica Francisco Puy, procede del latín escolástico *subiectivus* y es “... *algo que está bajo uno, sometido a uno, a disposición de uno (...) en la tradición jurídica general, decir que algo tiene carácter subjetivo (a diferencia de objetivo) es decir que tal cosa se halla puesta bajo la persona y a su disposición (...) es*

²³ Ídem.

²⁴ Ídem. pág. 49 a 50.

*derecho objetivo el que nos somete: la ley. Y es derecho subjetivo el que dominamos nosotros...*²⁵; parece claro entonces, que los derechos subjetivos son todas aquellas facultades reconocidas a los individuos (y garantizadas) por el ordenamiento jurídico, mientras que los derechos objetivos son el conjunto de normas que forman parte de ese ordenamiento. Un derecho subjetivo, en palabras de Vallado Berrón “... es a un mismo tiempo voluntad, interés y facultad, pero voluntad normativa, interés de derecho y facultad jurídica...”²⁶.

1.4.1.2.1 Teoría de Luigi Ferrajoli

Partiendo de lo anterior, personalmente considero que una de las teorías actuales más sólidas sobre los derechos subjetivos, y que puede resultar útil para los fines de este ensayo, implica catalogar los derechos subjetivos, como expectativas positivas o negativas, es decir, la teoría propuesta por Ferrajoli, quien define a los derechos subjetivos como “... cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica...”²⁷.

Ferrajoli parte de la tesis de Kelsen, para quien tener un derecho equivale a tener la posibilidad de “... provocar la aplicación de la correspondiente norma jurídica que provee la sanción (...) Solamente si la aplicación de la norma jurídica (...) depende de la expresión de la voluntad de un individuo orientada hacia tal objetivo, es decir, solamente si la ley está a disposición de un individuo, ésta puede ser considerada “su” ley, su ley subjetiva, y esto significa un ‘derecho subjetivo’...”²⁸.

Así pues, según esta teoría si definimos (a) “derecho subjetivo” como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones; (b) “expectativa” como figura deóntica a la que corresponde una obligación o una prohibición; y (c) “garantía deóntica” como la obligación o la prohibición correspondientes a las expectativas, se puede afirmar también que (d) la existencia de esos específicos derechos subjetivos implica también el nacimiento de obligaciones y prohibiciones que constituyen sus garantías.

Sin embargo, el mismo Ferrajoli aclara, que tal teoría es solo descriptiva desde el “deber ser” del derecho vigente, en el que es perfectamente posible que “... no se hayan dispuesto las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a los derechos establecidos; de manera que, en tal caso, ese ‘deber ser’ equivale al deber de introducirlas. Lo mismo cabe decir, por otra parte, de la tesis teórica de la equivalencia entre ‘permiso’ y ‘no prohibición’, que es igualmente descriptiva del

²⁵ Vid. PUY, F., *Derecho objetivo y derecho subjetivo*, Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del Derecho y filosofía social, vol. V, 1981, p. 128.

²⁶ VALLADO BERRÓN, *Ibíd.*, Óp. Cit., pág. 134.

²⁷ Vid. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, p. 19.

²⁸ Vid. FERRAJOLI, L., *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 2006, p. 28.

‘deber ser’ del derecho vigente, siendo posible que exista en éste una prohibición legal en conflicto con una libertad constitucional; de modo que en tal caso, nuevamente, ese ‘deber ser’ equivale al deber de suprimir la prohibición ilegítima...”²⁹.

Así pues, esta teoría sostiene que los derechos subjetivos son siempre en interés de sus titulares e incluso *“... serán definidos justamente por la conjunción de intereses y expectativas: ya sean ‘derechos a’ o ‘positivos’ (en tanto que intereses y a la vez expectativas de la comisión de actos ventajosos, es decir, de prestaciones ajenas), o ‘derechos de’ o ‘negativos’ (en tanto que intereses y a la vez expectativas de la omisión de actos desventajosos, esto es, de lesiones o impedimentos por parte de otros)”³⁰.*

Por tal razón, para Ferrajoli existen cuatro tipos de derechos: a) los derechos-potestad, que son facultades de actos preceptivos, y por tanto en poderes, justamente potestativos (v.gr. derecho de propiedad); b) los derechos-facultad, que consisten en facultades de mero comportamiento (v.gr. opinión, expresión, asociación, reunión, circulación, etc.); c) los derechos-inmunidad, que son únicamente expectativas negativas de “no violación” (v.gr. derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, etc.); y d) los derechos-pretensión, que son expectativas positivas de prestaciones (derechos sociales). Categorías que poseen un elemento en común que “unifica a todas”, y es su carácter de “expectativas”, por lo que, reconocer y garantizar a alguien un derecho implica para Ferrajoli siempre *“...asegurar su tutela —de su integridad, de las necesidades subyacentes al mismo, o de su esfera de acción o decisión— a través de la prohibición o de la obligación de un comportamiento ajeno...”³¹.*

Sin embargo, el motivo por el cual considero a la teoría de Ferrajoli lo suficientemente sólida como para afirmar que el derecho a la muerte digna puede ser catalogado como un derecho subjetivo autónomo, radica en que para la misma, derechos subjetivos son: *“... no sólo los ‘derechos-pretensión’, que consisten en expectativas positivas de prestaciones, y los ‘derechos-inmunidad’, que consisten en expectativas negativas de no lesión, sino también los ‘derechos-facultad’ y los ‘derechos-potestad’, que igualmente son siempre (...) expectativas de omisión de interferencias o de impedimentos, o sea, de lesiones por parte de otros ...”.* Partiendo de ello, el jurista italiano concluye que es posible reducir todos los derechos subjetivos a *“... expectativas positivas de realización de prestaciones o a expectativas negativas de omisión de lesiones —estén o no asociadas a facultades o a poderes— y en consecuencia definir el concepto de ‘derecho subjetivo’ simplemente como la suma lógica de unas y otras...”³².*

²⁹ Vid. FERRAJOLI L., *Principia iuris, teoría del Derecho*, Editorial Trotta, 2011, p. 33.

³⁰ FERRAJOLI L., *Ídem* p. 199.

³¹ FERRAJOLI L. *Ídem*, pp. 603 – 605.

³² *Ídem*.

En conclusión, considero que, para los efectos de este ensayo, esta teoría es suficiente por dos motivos: i) los derechos subjetivos son expectativas (pretensiones) positivas o negativas adscritas a los individuos, y ii) porque en definitiva, sólo si la ley está a disposición de un individuo puede ser considerada como un derecho subjetivo. Así pues, si partimos de la premisa que la muerte digna es la facultad de todo ser humano de “poner fin a su vida en determinadas circunstancias”, evitando interferencias o impedimentos por parte del Estado, que, por el contrario, tiene la obligación de tutelar-garantizar dicho propósito, sin duda alguna, tal figura encaja perfectamente en la tesis de Ferrajoli.

Esta tesis, además, parece ser compartida por nuestro Tribunal Constitucional, para quien los derechos fundamentales, consisten en un conjunto de “... facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución...”³³.

1.4.1.2.2.- Teoría de Robert Alexy

Considero que, además de la teoría de Ferrajoli sobre derechos subjetivos, la desarrollada por Robert Alexy es sumamente útil para sostener mi tesis, debido a la estrecha vinculación que tiene con la teoría de los derechos fundamentales. Según el jurista alemán, cuando se pregunta si un sujeto posee o no un determinado derecho subjetivo, se trata de una cuestión jurídico-dogmática, pues si se entiende que los derechos subjetivos “*son posiciones y relaciones jurídicas*” es posible distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos³⁴.

En ese sentido, Alexy parte de diversas teorías y distinciones tradicionales, como la que existe entre derechos de dominio absolutos y relativos, la de derechos de status negativo, positivo y activo (Jellinek) o bien, la división de Kelsen en derechos reflejos, derechos subjetivos en sentido técnico, autorizaciones positivas de las autoridades, derechos políticos y derechos fundamentales y de libertad, la planteada por Windscheid con su tesis de la voluntad, o bien la de Bucher con su teoría de los derechos subjetivos como autorización de imposición, entre otras. Sin embargo, para Alexy el problema en establecer una teoría capaz de sustentar la clasificación de derechos subjetivos, radica esencialmente en que las teorías tradicionales “... *están caracterizadas por el hecho de que en ellas se intenta, con los medios del lenguaje ordinario y del lenguaje jurídico técnico, aprehender a través de una captación más o menos*

³³ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 23 de marzo de 2001, Referencia 8-97 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

³⁴ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, 1993, p.178.

directa, las posiciones jurídicas realmente creadas por el orden jurídico...”; y por ello, considera que la más adecuada es la teoría propuesta por Lars Lindahl que intenta abarcar todas las posibles posiciones normativas no contradictorias, debido a que la variedad de lo que es llamado derecho subjetivo “crea un problema terminológico”³⁵.

Por ello, para el jurista alemán, un derecho subjetivo es un todo integrado por: i) una disposición jurídica, ii) una o varias normas jurídicas, y iii) una o varias posiciones jurídicas. Cabe resaltar que para Alexy, al ser los derechos fundamentales una clase o especie de derechos subjetivos (tal como lo ilustrare más adelante), los mismos también poseen dicha estructura, siendo además la base de su teoría una triple división de las posiciones que han de ser designadas como: 1) derechos a algo, 2) libertades y 3) competencias. De dicha división, únicamente haré alusión a la primera.

Según esta teoría, la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo reza: “a” tiene frente a “b” un derecho a “G” (formula DabG). Ahora bien, para Alexy, de tal esquema surgen cosas totalmente diferentes según lo que se coloque en lugar de a, b, y G, pues el objeto de un derecho a algo es siempre “una acción del destinatario” debido a su estructura como relación triádica entre: 1) un titular, 2) un destinatario y 3) un objeto. Sin embargo, considero que la tesis de Alexy será especialmente útil para defender mi punto, en lo que concierne a los “derechos a acciones negativas”, también denominados “derechos de defensa”, lo cuales pueden dividirse en tres grupos: i) derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; ii) derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y iii) derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. Tal clasificación será retomada en el Capítulo III de este ensayo.

Ahora bien, ya he definido las teorías que a mi juicio son suficientes para sostener que la muerte digna puede ser catalogada como un verdadero derecho subjetivo autónomo, por lo que se vuelve necesario establecer, si tal derecho posee o no las características de un derecho fundamental.

1.5 La muerte digna como derecho fundamental

Para definir si el derecho a la muerte digna posee o no las características de un derecho fundamental, partiré de la doctrina que mayor aceptación tiene a nivel de derecho comparado, en la materia: la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Como indiqué anteriormente, según esta tesis, los derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos, la única diferencia radica en su carácter fundamental. Dicho postulado (en apariencia

³⁵ *Ibíd.* Óp. Cit., pp. 184 y 185.

cacofónico) descansa como indica Bernal Pulido, en que tales derechos poseen ciertas propiedades: las formales y las materiales³⁶.

1.5.1 Propiedades formales

Significa, que los derechos son fundamentales porque así han sido establecidos en distintas fuentes del derecho. Para Alexy, las propiedades formales se pueden clasificar en cuatro³⁷:

a) que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución. Esta propiedad, sin duda alguna no es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, el postulado es básicamente obsoleto pues no todas las constituciones poseen un capítulo que incluya todos los derechos fundamentales reconocidos por el constituyente, como por ocurre en el caso de nuestra Constitución; asimismo, esta condición es contraria a la doctrina sobre derechos implícitos, según la cual, son aquellos que no están expresamente reconocidos en la Constitución, pero poseen relevancia material suficiente, debido a que la autoridad competente (Tribunal Constitucional) les otorgó como pretensiones subjetivas, el debido reconocimiento y protección constitucional.

b) que la disposición que establece el derecho fundamental forme parte del texto constitucional sin importar su ubicación. En apariencia, esta propiedad implicaría que sólo pueden considerarse como derechos fundamentales los establecidos como tales por una disposición del texto constitucional, lo cual también, puede ser contrario a la doctrina de los derechos implícitos. Sin embargo, cabe resaltar que esta propiedad, tal y como veremos más adelante, se complementa con otra categoría (d), por lo que si tiene cabida en nuestro ordenamiento.

c) que la disposición que establece el derecho fundamental forme parte de otras fuentes del derecho: instrumentos internacionales, sobre todo de los pactos, convenios o tratados sobre derechos humanos, siempre y cuando la Constitución haga un reenvío a dicha fuente, es decir, que forme parte de un bloque de constitucionalidad. Esta propiedad sin duda alguna es la que más debate podría generar en el Derecho Constitucional salvadoreño, debido a que un sector de la doctrina nacional considera que si existe (o debería existir) un bloque de constitucionalidad, tal y como sucede en otros países, por ejemplo, en el caso de Argentina, mientras que otra considera que tal figura no existe, ni puede existir en nuestro país.

La Sala de lo Constitucional ya ha sentado postura al respecto, o al menos eso puede inferirse de cierta jurisprudencia relacionada con en el tema, en la cual si bien es cierto hace alusión a un tipo concreto de legislación (instrumentos

³⁶ BERNAL PULIDO C., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 1571.

³⁷ *Ídem* p. 1573.

internacionales en materia de Derechos Humanos), puede deducirse que en nuestro ordenamiento jurídico no existe el bloque de constitucionalidad, pues ha sostenido que “... [c]uando el art. 144 Cn. le reconoce efectos imperativos a los tratados internacionales celebrados por El Salvador, al entrar éstos en vigencia, no se está refiriendo sólo a los tratados sobre derechos humanos como una categoría especial de tratados, sino a todo acuerdo de voluntades entre el Estado Salvadoreño y cualquier otro sujeto de Derecho Internacional. En consecuencia, tal razonamiento de carácter formal no puede conducir a incluir los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución en un bloque de constitucionalidad (...) No cabe duda que el contenido de la Constitución requiere de la concreción legislativa para una mejor determinación de sus alcances y manifestaciones, pero tal circunstancia no conduce necesariamente a una fusión de las disposiciones del ordenamiento jurídico que cumplen con dicha función, con la Constitución, convirtiéndolas en parámetro de constitucionalidad; aún más, si se tiene en cuenta que la concreción o regulación normativa del contenido de la Constitución no es realizada en forma exclusiva por los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que existen otras disposiciones infraconstitucionales que ayudan a la misma, se advierte claramente que la determinación de cuáles de estas disposiciones se integrarían en un bloque de constitucionalidad se torna problemática (...) De lo dicho cabe concluir que, si bien hay una evidente vinculación material entre la llamada parte dogmática de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal vinculación no equivale a una integración normativa, de ambos tipos de disposiciones, en una sola categoría constitucional, ya se denomine “bloque de constitucionalidad” o de cualquier otra manera (...) No es cierto, pues, lo asegurado por los peticionarios en su demanda, cuando dicen que esta Sala, en la Sentencia de 14-II-1997, dictada en el proceso de Inc. 15-96, sostuvo que los instrumentos internacionales “únicamente son ‘referencias técnicas’, que no [le] obligan jurídicamente”. Es claro que no puede negarse -sin violar la Constitución-, que tales instrumentos tienen fuerza normativa reconocida por la Ley Suprema; lo que se dijo en la mencionada sentencia es que los instrumentos internacionales -de Derechos Humanos o de otra clase- no tienen rango constitucional, y por tanto, no forman un bloque de constitucionalidad con la Ley Suprema, como se ha reiterado en la presente resolución (...) Si los tratados no pueden ser parámetro de control en un proceso de inconstitucionalidad, ello no significa que las violaciones concretas no puedan ser reparadas ante la jurisdicción ordinaria salvadoreña. La CADH y los restantes instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, tienen fuerza normativa reconocida por la Constitución, y deben ser aplicados por todos los tribunales en sus respectivas áreas de competencia procesal, incluida, por supuesto, esta Sala, en los referidos procesos concretos (...) Se concluye, entonces, que los tratados internacionales no son parámetro de control de constitucionalidad, pues no integran materialmente la Constitución ni forman con ella un bloque de constitucionalidad”³⁸.

³⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 26 de septiembre de 2000, Referencia 24-97/21-98 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

d) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez de una norma o de una posición de derecho fundamental. Debido al papel que ejerce un Tribunal Constitucional dentro de un país, la jurisprudencia emanada por este es de vital importancia por la catalogación que realiza sobre derechos fundamentales pues, por una parte, es el máximo intérprete sobre las disposiciones de derechos fundamentales de la Constitución y, por otra, puede atribuir un carácter fundamental a ciertas normas que no pertenecen al margen semántico de una disposición de derecho fundamental.

Según Bernal Pulido, *“esto ocurre en el caso del reconocimiento de derechos fundamentales no escritos por parte de la jurisdicción constitucional. En este caso, no se trata de derechos fundamentales adscritos sino de derechos fundamentales que no han sido establecidos por una disposición de derecho fundamental”*³⁹. Esta propiedad en definitiva opera en nuestro país, ya que en reiteradas ocasiones, la Sala de lo Constitucional ha indicado que *“... la noción de Constitución, y en particular de los derechos fundamentales no pueden entenderse limitadas al texto del documento constitucional sino que también implican el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo libera, social y contemporáneo han derivado de la dignidad humana y del principio democrático, asumido por la Ley Suprema y que inspira como parte de su trasfondo, las disposiciones de dicho texto...”*⁴⁰. Sin embargo, el cumplimiento de las propiedades formales son insuficientes para catalogar como derecho fundamental un derecho subjetivo, y por ello, cobran especial importancia las propiedades materiales.

1.5.2 Propiedades materiales

Estas propiedades tienen íntima relación con el debate de si existen “derechos subjetivos morales” o, por el contrario, si lo que existen son “derechos fundamentales morales”, siendo estos últimos en palabras de Bernal Pulido *“... un tipo de derechos morales que, en razón de su contenido deberían ser reconocidos como derechos fundamentales en el sistema jurídico...”*. Esto tiene vital importancia, pues determinar si los “derechos fundamentales morales” existen, depende en definitiva, de reconocer primero la existencia de derechos morales; esto es así, puesto que, *“... si no existen derechos morales, entonces las propiedades materiales no pueden ser relevantes para definir el carácter fundamental de los derechos fundamentales...”*⁴¹.

Es aquí donde las teorías de los derechos morales cobran vital importancia, pues responden a la pregunta de cuáles deben ser los derechos subjetivos del sistema jurídico, y más concretamente, los derechos subjetivos con carácter fundamental. Con base a todo lo anterior, el aludido autor nos indica que según la

³⁹ BERNAL PULIDO, C., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 1583.

⁴⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 16 de diciembre de 2013, Referencia 7-2012 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

⁴¹ BERNAL PULIDO, C., *Ibíd.* Óp. Cit., p. 1585

teoría de Alexy, los derechos fundamentales caracterizan a la persona política como: (i) libre, (ii) autónoma en los ámbitos privado y público, (iii) igual a otras personas y (iv) como titular de ciertas necesidades básicas. Lo anterior reviste tres dimensiones: la dimensión liberal, la dimensión democrática y la dimensión de la persona atinente al Estado Social⁴².

a) la libertad de la persona (garantizar su ejercicio). Para ilustrar este punto, Alexy toma como referencia el “derecho general de libertad” establecido en el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana que establece: “*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*”⁴³. El derecho contenido en esta norma es para el jurista alemán, una de las condiciones necesarias para garantizar la dignidad de las personas, que implica la libertad “*de hacer y omitir lo que uno quiera*”, y tiene su base en el libre desarrollo de la personalidad. A esta concepción de libertad la denomina “formal-material”. Formal en la medida que parte de la “libertad negativa” y la trata como un valor en sí. Material, porque en caso de colisión, determina el peso relativo al principio de libertad frente a otros principios que también tienen un valor material, y por lo tanto un peso⁴⁴.

Así, el derecho general de libertad significa dos cosas: i) a cada cual le está permitido, en caso que no intervengan restricciones, hacer (libertad positiva) y omitir (libertad negativa) lo que quiera, mediante una norma permisiva; y ii) cada cual tiene, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que este no impida sus acciones y omisiones. Sin embargo, Alexy advierte que debido a su naturaleza e importancia, los derechos de libertad no pueden restringirse a este tipo de definiciones, debido a que estos protegen no solo el “hacer”, sino también el “ser” fáctico y jurídico⁴⁵. En esta categoría se incluyen las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas, la libertad personal, la integridad de la persona y los derechos y libertades conexas con el concepto de estado liberal de derecho.

Sobre esta dimensión, Bernal Pulido nos indica además que según John Rawls, la persona liberal se caracteriza por tener dos “facultades morales”: a) la facultad de ser razonable, que consiste en la capacidad de tener un sentido de la justicia (participar conscientemente en la cooperación social); y b) la facultad de ser racional, que implica tener la capacidad de comprender “lo bueno y lo malo” (perseguir finalidades que reflejen la propia concepción de lo que vale la pena en la vida)⁴⁶.

⁴² Ídem. p. 1587

⁴³ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, año 2010.

⁴⁴ ALEXY, R., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 349

⁴⁵ Ídem. p. 333

⁴⁶ BERNAL PULIDO, Óp. Cit. p. 1588

b) la participación del individuo en los procedimientos democráticos. Según esta categoría, a cada persona debe reconocérsele en la mayor medida posible, la facultad de “darse normas a sí misma”. Para Bernal Pulido implica, siguiendo la teoría del discurso de Habermas, que una persona sea capaz de participar en la deliberación política y, además, tenga la oportunidad de dar su consentimiento en la toma de decisiones mediante su capacidad de discernimiento, que implica: (a) hacer afirmaciones y además defenderlas, y (b) poder comportarse de manera crítica frente a las propias afirmaciones y frente a las efectuadas por los demás. En esta categoría se encuentran los derechos fundamentales democráticos, tales como el derecho al voto y las libertades necesarias para el funcionamiento de los procesos democráticos⁴⁷.

c) la igualdad jurídica. En esta categoría Alexy nos indica que, debe –al igual que en el derecho de libertad– distinguirse entre derecho general de igualdad y derechos especiales de igualdad. Sin embargo, la propiedad material se centra más en el primero, según el “cual” todas *las personas son iguales ante la ley*. Ello implica un mandato de igualdad, tanto en la creación (legislador) como en la aplicación del derecho (el resto de órganos); por ello, para el jurista alemán el mandato de igualdad al legislador implica “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”⁴⁸. De igual manera, Alexy distingue entre (i) la “igualdad de iure” que puede ser formulada como un derecho prima facie en la omisión de tratamientos desiguales, y (ii) la “igualdad de facto”, que funciona como un derecho “prima facie” a acciones positivas, o prestaciones en sentido amplio, por parte del Estado⁴⁹.

d) garantizar el mínimo vital (prestaciones en sentido amplio). Esta propiedad busca, tal y como su nombre lo indica, garantizar los bienes necesarios para el goce de una buena vida [alimentación, vivienda, salud, mínimo vital, etc.]. Bernal Pulido nos indica que, esta concepción objeta a las teorías liberal y democrática que, “... *la protección de la libertad y de la autonomía no es suficiente para garantizar el status fundamental del individuo...*”, debido a que en cada sociedad “... *existe un gran número de personas que no pueden satisfacer sus necesidades básicas mediante el ejercicio de su libertad y de su autonomía...*”⁵⁰.

Personalmente, considero que esta categoría, aún y cuando el aludido autor no lo dice de forma expresa, se encuentra íntimamente vinculada a la dignidad de la persona humana (sobre la que me referiré con mayor detenimiento en el Capítulo III de este ensayo) y de la cual se derivan el resto de derechos fundamentales. En ese sentido, soy del criterio que, si un derecho subjetivo no puede ser catalogado dentro de las otras propiedades materiales, dependiendo de la prestación que busca garantizar, puede ser válidamente enmarcado dentro de esta propiedad siempre y cuando se determine de manera razonable que la

⁴⁷ Ídem p. 1589

⁴⁸ ALEXY R., Op. Cit. pp. 384 y 385

⁴⁹ Ídem p. 418

⁵⁰ BERNAL PULIDO, Óp. Cit. p. 1590

necesidad que busca satisfacer se encuentra vinculada a la dignidad humana y con ello se logra el desarrollo de la misma.

Por lo tanto, los derechos tendrán un carácter fundamental siempre y cuando busquen proteger esas cuatro categorías y, en consecuencia, si un derecho subjetivo tiene como propósito satisfacer tales necesidades, debe ser reconocido como un derecho fundamental. Ahora bien, tal y como puede apreciarse, las propiedades materiales relativas al carácter fundamental de los derechos fundamentales, debido a su naturaleza e importancia tienen prioridad sobre las propiedades formales. Sin embargo, según la teoría de Alexy para que pueda considerarse como fundamental, es necesario que el derecho subjetivo revista por lo menos de una propiedad material y una propiedad formal. Partiendo de ello, el siguiente paso es determinar si la muerte digna cumple con dichos requisitos.

En lo que respecta a las propiedades materiales, considero que la muerte digna puede ser encajada válidamente dentro de la categoría de las libertades, que como se apuntó anteriormente, es una de las condiciones necesarias para garantizar la dignidad de las personas, y sin la cual, no se permite el libre desarrollo de la personalidad. La máxima en la que considero podría encajar la muerte digna, es que “cada cual tiene, en la medida que no intervengan restricciones, un derecho frente al Estado a que este no impida sus acciones y omisiones”. En ese sentido, puede argumentarse válidamente que el derecho a la muerte digna tiene como fin, que personas que se encuentran en determinadas circunstancias, las cuales les impide vivir una vida digna de ser vivida, tengan la posibilidad de elegir finalizar con la misma sin sufrimiento ni agonía, es decir, finalizar con su vida de forma digna.

Ahora bien, una vez determinado que el derecho subjetivo a la muerte digna cumple con el requisito de reunir características de las propiedades materiales corresponde establecer si se cumple con alguna de las formales. Al respecto se advierte que no se requiere mayor esfuerzo para concluir que no se cumple con dicha exigencia, pues tal y como hemos analizado, el derecho en estudio no cuenta con un reconocimiento expreso en la Constitución y, de igual manera, no ha sido derivado por nuestro Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, por lo que, la única solución viable en esta particular situación, tiene como consecuencia lógica dos alternativas:

1) una reforma constitucional conforme a lo dispuesto en el art. 248 Cn. que establezca de manera clara y expresa que la muerte digna en El Salvador forma parte del catálogo de derechos fundamentales y por tanto puede ser tutelable ante la Sala de lo Constitucional mediante la vía del Amparo según lo dispuesto en el art. 247 Cn.; o

2) el reconocimiento jurisprudencial por parte de nuestro Tribunal Constitucional, lo que implicaría la derivación de tal derecho, a partir de otro u otros derechos fundamentales ya reconocidos.

La primera alternativa, por motivos de practicidad y realidad política en nuestra sociedad es, sin duda alguna, la menos viable (aunque ello no implica que no pueda optarse por la misma, como se analizará posteriormente), pues, en primer lugar, la propuesta de reforma debe ser hecha por un mínimo de 10 diputados; posteriormente necesitaría del voto de 43 de los diputados electos para la respectiva reforma, además de tener que ser ratificada por la asamblea siguiente con 56 votos de los diputados electos, tal y como lo dispone el art. 248 Cn. Tratándose de un tema tan sensible al igual que el matrimonio igualitario o el aborto, complica que pueda ser logrado por esta vía⁵¹, debiéndose priorizar la segunda alternativa, es decir, el reconocimiento jurisprudencial por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Esto nos lleva a analizar al derecho a la muerte digna como manifestación de otro derecho fundamental, lo cual será analizado en el Capítulo V de este ensayo, pues considero conveniente primero hacer alusión a ciertas figuras y conceptos jurídicos que serán de gran ayuda al momento de realizar la respectiva derivación del derecho en estudio.

1.6 Objetivos

1.6.1 General

Reconocer el derecho fundamental a la muerte digna para personas que se encuentren en situación de enfermedad degenerativa, estado terminal, o bien, en un estado de "realidad biológica" producto de un coma o una tetraplejía.

1.6.2 Específico

Tutelar mediante el proceso de amparo el derecho fundamental a la muerte digna, lo que conllevaría a que en determinados casos excepcionales y bajo ciertas condiciones, los delitos de homicidio piadoso (Art. 130 CP) y ayuda al suicidio (Art. 131 CP) no sean punibles.

⁵¹ El departamento de Estudios Legales, DEL/FUSADES en su boletín N° 99 de marzo de 2009 hace un estudio en el que revela que si bien algunas de las reformas constitucionales en las últimas décadas han sido significativas, particularmente las adoptadas en 1991 y 1992, casi todas las restantes han sido sobre asuntos de poca importancia. De igual manera, reformas como el reconocimiento del derecho al agua, el cual tal y como nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido como fundamental, han encontrado impases en la Asamblea Legislativa.

Capítulo II

Antecedentes

2. El derecho a la vida

Sin duda alguna, definir en qué consiste la vida no es tarea fácil, ya que, ello depende del ordenamiento jurídico de cada Estado y, si bien es cierto, existe cierta unanimidad en determinar qué es la vida, el principal problema radica en fijar el momento preciso en que se da el origen de la misma, máxime cuando el constituyente –como en el caso de nuestro país– con la intención de ser garantista en su protección, va más allá y decide establecer que se considerará “como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”. Sin embargo, al no ser el tema central objeto de estudio de este ensayo las implicaciones que conlleva tal aseveración, únicamente me centraré en la vida como derecho fundamental a groso modo.

Desde un punto de vista filosófico, la vida es, como indica Ángelo Papacchini, un valor básico que se encuentra estrechamente vinculado con el respeto debido a todo ser humano; por esto mismo se torna inviolable e imprescriptible, y abarca no solamente el derecho a la seguridad frente a la violencia, sino también el derecho a los medios de subsistencia y a la satisfacción

de las necesidades básicas, además de constituir el soporte material a los demás derechos⁵².

Para Alberto Pacheco Escobedo, el derecho a vivir, se concreta en la “... obligación que tienen todos los hombres de respetar la vida de cada ser humano, sin que esa obligación pueda tener excepciones por razones de edad, salud, raza, religión, etc...” y, por tal razón, el derecho a la vida “... no tiene necesidad de ser reconocido por el derecho positivo, pues no depende de la voluntad del legislador, no es otorgado al hombre por otros hombres, sino que le pertenece por el solo hecho de existir; es, en cierto sentido, anterior al orden jurídico y es uno de sus presupuestos que la norma jurídica debe respetar, ya que el derecho existe para la persona y no ésta para el Estado o para el gobernante que hace el derecho positivo...”⁵³.

Desde una perspectiva netamente jurídica, al igual que el derecho a la salud no implica el derecho “a no enfermarse” sino a la conservación, asistencia y vigilancia del mismo⁵⁴, el derecho a la vida no supone el derecho “a no morir”, sino a no ser arbitrariamente privado de ella. Por tanto, puede definirse a la vida como “el derecho fundamental que tiene todo ser humano a que se respete su existencia”.

Cenedesi Bom Costa Rodrigues, citando a Massini Correas nos indica que el derecho a la vida tiene su fundamento o justificación racional en el principio de la dignidad y, el sentido primordial de este derecho es impedir que el Estado, de manera arbitraria, arrebatase la vida a cualquier persona o legalice o autorice la muerte de esta de forma arbitraria; se trata por lo tanto, de una obligación de no hacer en cabeza del Estado. Tal concepto ha evolucionado y la tendencia actual, es la de incluir la obligación positiva del Estado en su protección, rescatando el principio de la dignidad humana como parte del derecho a la vida⁵⁵.

Según la Sala de lo Constitucional, la vida está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental garantizado a “toda persona”, estatus que se reconoce por el constituyente expresamente a “todo ser humano desde el instante de la concepción”⁵⁶. Por tal razón, e “... independientemente de las acepciones que se hayan dado a la categoría “vida” en razón de las diferentes perspectivas que la enfocan –filosóficas, teológicas, médicas, genéticas-, la misma ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho

⁵² Vid. PAPACCHINI, A., *Derecho a la vida*, Editorial Universidad del Valle, Santiago de Cali, año 2001, pp. 38-39.

⁵³ Vid. PACHECO ESCOBEDO, A., “*Derecho a la vida, ¿derecho a la muerte?*”, Bioética y derechos humanos, instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 1992, p. 115.

⁵⁴ Sentencias de Amparo pronunciadas con fechas 19 de mayo de 2004 y 17 de diciembre de 2007, Referencias 630-2000 y 674-2006 respectivamente (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

⁵⁵ Vid. CENEDESI BOM COSTA RODRIGUES, R., “*El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, N° 9, enero-marzo 2005, p. 82.

⁵⁶ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 20 de octubre de 2007, Referencia 18-98 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

*fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la Constitución reconoce...*⁵⁷.

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, al definir el derecho a la vida como la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible⁵⁸. Mientras que, para la Corte Constitucional de Colombia, dentro del ordenamiento constitucional, la vida tiene diferentes tratamientos normativos, siendo uno de ellos como un bien jurídico protegido por la Constitución. Por tanto, supone la titularidad para su ejercicio, la cual como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. Para el aludido tribunal, si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales⁵⁹.

Para Alegre Martínez, lo anterior sin duda alguna, es porque “... *la finalidad última de la proclamación constitucional de los derechos fundamentales (y en particular del derecho a la vida, como presupuesto de los demás), es hacer posible que la vida humana se desarrolle de modo conforme a esa dignidad que se encuentra inseparablemente unida la propia condición de persona (personalidad)...*”⁶⁰; razón por la cual “... *la regulación jurídica del derecho a la vida es fruto de una opción valorativa que solo al constituyente corresponde realizar...*”⁶¹.

2.1 Distintas concepciones

Partiendo de lo anterior, García-Huidobro nos indica que pueden identificarse –al menos– cinco concepciones sobre el derecho a la vida, así: 1) el derecho a vivir, permanecer con vida o seguir viviendo; 2) el derecho a vivir bien o vivir con dignidad; 3) el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato; 4) el derecho a que “no nos maten” o derecho a “no morir” y

⁵⁷ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 4 de abril de 2001, Referencia 348-99 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

⁵⁸ Sentencia pronunciada con fecha 11 de abril de 1985, Referencia 53/1985 (España, Tribunal Constitucional español).

⁵⁹ Sentencia pronunciada con fecha 13 de septiembre de 2010, Referencia T-728/10 (Colombia, Corte Constitucional de Colombia).

⁶⁰ Vid. ALEGRE MARTÍNEZ, M., “*Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad*”, Revista de Derecho político, N° 53, año 2002, p. 344.

⁶¹ Ídem. p. 345.

5) en evitar que “no nos maten, arbitrariamente” o “no morir arbitrariamente”⁶². De tales concepciones, haré alusión de manera breve a cada una de ellas, para después en el siguiente capítulo, centrarme en la disponibilidad de la propia vida.

2.1.1 El derecho a vivir, a permanecer con vida o seguir viviendo

El aludido jurista, citando a Evans de la Cuadra, nos indica que “... [t]odo ser humano tiene el derecho esencial de conservar su vida... (...) por ser la fuente de sus demás atributos, está cautelada por la institucionalidad constitucional y legal...”⁶³. Mientras que para Cea Egaña “... es el derecho más importante, porque es el supuesto, la base y la finalidad de todos los demás derechos, sin excepción. Perder la vida es quedar privado de todos los derechos que sólo tenerla hace posible disfrutar (...) Esta locución (...) se refiere (...) a la persona que se halla en el vientre materno (...) tiene el derecho a vivir...”⁶⁴.

Así pues, nótese que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada coinciden en que el derecho a la vida no es solo “un derecho más” (sin ánimos de entrar en la estéril discusión de si existen derechos más importantes que otros, al ser un tema hartamente superado), sino que se trata de un “derecho germen”, por ser el que da inicio a todos los demás; es sin duda alguna como dice Villavicencio Terreros “... el fundamento de todos los demás bienes jurídicos, sin el que otros derechos no tendrían existencia alguna (naturaleza compleja) y, es el primer y más importante de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana (naturaleza valorativa), y el derecho a que se respete su existencia le es inherente a toda persona humana como realidad psicofísica (naturaleza ontológica). Solo un concepto de vida humana que contenga su naturaleza compleja, valorativa y ontológica es compatible con los Derechos Humanos y los Estado Constitucionales de Derecho...”⁶⁵.

Sin embargo, algunos autores opinan que sostener esta postura resulta demasiado difícil y, uno de ellos es Requena López. Dicho jurista considera que “... la vida difícilmente puede configurarse como un derecho, sino como la realidad descriptiva de la existencia de las personas, que son las titulares de los derechos. La vida no identifica ‘una’ realidad, es ‘la’ realidad; la vida es la existencia; es, por ello, el presupuesto, no sólo de los demás derechos, sino también del mundo humano, de modo que sólo tiene sentido hablar de cualquier cosa si se está vivo. Por eso el significado del ‘derecho a la vida’ resulta extraño a la configuración de una posición de poder desde la que el ser humano ejerza facultades que permitan identificar el ‘ejercicio del derecho a la vida’...”⁶⁶.

⁶² Vid. FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., “Concepto de derecho a la vida”, Revista Ius Et Praxis, Año 14, N° 1, p. 262.

⁶³ Ibíd. Óp. Cit. p. 268.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, F., “Protección del derecho a la vida”, Revista Vox Juris N° 24, año 2012, p. 70.

⁶⁶ Vid. REQUENA LÓPEZ, T., “Sobre el derecho a la vida”, Revista de Derecho Constitucional europeo, Año 6 Núm. 12 julio-diciembre de 2009, p. 288.

2.1.2 El derecho a vivir bien o vivir con dignidad

García-Huidobro, citando a Cea Egaña, también nos indica que en su sentido pleno y no sólo biológico, orgánico o vegetativo, es pertinente también entender incluido en el derecho a la vida, cuanto se haga para que ella transcurra en un ambiente material y espiritualmente comprendidos, que sean coherentes con la dignidad del ser humano, pues el derecho a la vida no es sinónimo de subsistencia en la miseria o menesterosidad, en el miedo o el riesgo⁶⁷.

Lo anterior es porque sin duda alguna, el derecho a la vida no comprende solo el derecho a “vivir”, sino que también implica que se garantice la integridad, la salud, la legítima defensa, etc., dentro de su ejercicio. Así pues, también nos indica que para Evans de la Cuadra no basta únicamente vivir, es necesario vivir con la plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos de que el ser humano está provisto por naturaleza y vivir bien para conseguir los fines de los individuos⁶⁸.

Sin embargo, para el aludido jurista esta concepción no puede compartirse por varias razones: 1) el término vivir bien es una idea imprecisa, pues existen distintas cosmovisiones acerca de qué es vivir bien, pues para algunos puede significar vivir bajo ciertas condiciones materiales de existencia, mientras que para otros, puede significar lograr metas o vivir gracias al sacrificio personal, etc.; 2) la dignidad y las condiciones materiales de la existencia humana pueden no tener nada que ver con el Estado ni con la conducta de terceros; y 3) vivir bien depende de una serie considerable de factores, que el Estado no puede asegurar y, por tanto, no puede constituir un derecho subjetivo público⁶⁹.

2.1.3 El derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato

Según esta concepción, el derecho a la vida incluye tener derecho a que el individuo reciba aquello mínimamente necesario para que la vida continúe. Así pues, si una persona está desfalleciendo de hambre y necesita, por ende, ingerir alimentos, su derecho a la vida comprende el derecho a recibirlos. Nótese entonces, la similitud con la segunda concepción analizada anteriormente, según la cual la persona tiene derecho a vivir y seguir viviendo, aunque resulta obvio que tiene sus matices.

Sin embargo, al tener una estrecha similitud con la concepción de vivir bien o con dignidad, García-Huidobro nos indica que debe rechazarse esta concepción, por los siguientes motivos: 1) ¿qué ocurre si el mínimo necesario que una persona necesita para seguir viviendo no tiene derecho a obtenerlo?; 2) ésta concepción

⁶⁷ GARCÍA-HUIDOBRO, R. Óp. Cit. p. 270

⁶⁸ Ídem. p. 271

⁶⁹ Ídem

permitiría pensar en innumerables situaciones en las cuales alguien tendría un derecho a recibir algo si con ello salvara su vida y, correlativamente, colocaría a las demás personas en innumerables situaciones de tener obligaciones frente a terceros, por ejemplo, si pudiendo salvar a personas necesitadas de morir de hambre, no se hace, quienes omitan tal situación estarían “matando” a dichas personas; y 3) porque equipara derecho a la vida con la salud, pero no con el derecho a la salud sino con un derecho a “estar sano” o a “sanarse”⁷⁰.

Dicha objeción tiene relación con la anterior, pues si una persona está muriendo de alguna enfermedad y necesita un tratamiento médico que no puede costearse, quien está en las posibilidades económicas de ayudar y omite hacerlo estaría vulnerando su derecho a estar sano, lo cual es inaceptable, pues por una parte, no existe tal derecho y, por otra, nadie tiene la obligación de asegurar la salud o el restablecimiento de ella para un tercero ni evitar que muera⁷¹.

2.1.4 El derecho a no morir

Para ilustrar esta concepción, el aludido autor hace un interesante análisis tomando como punto de partida el tema del *nasciturus*, por lo que, dado su símil con nuestra realidad nacional, es perfectamente válido para los fines que persigue. Así pues, haciendo un ejercicio meramente hipotético, si se sostiene que el *nasciturus* es persona tiene por lo tanto derecho a la vida, que implica a su vez estar protegido por la Constitución –en nuestro caso, por lo dispuesto en el art. 1 inc. 2° Cn– y, en consecuencia, el aborto se encontraría prohibido siempre por la Ley Suprema.

Partiendo de lo anterior, el aborto se encontraría prohibido siempre en atención a que el *nasciturus* es persona y tiene derecho a la vida, eso significa que el derecho a la vida de este implicaría “no matar nunca”, de modo absoluto. Por lo anterior, García-Huidobro destaca que esta postura es evidentemente más restringida que la anterior pues no genera obligaciones positivas de mantención de mi vida para millones de personas; sólo impone sobre todos, la obligación negativa de no matar. Sin embargo, esta concepción es inaceptable pues convierte al derecho a la vida en un derecho absoluto, lo cual no tiene cabida en un estado Constitucional de Derecho⁷².

2.1.5 El derecho a no morir arbitrariamente

Según esta concepción, debe diferenciarse entre “el derecho a la vida” de “la vida”. El aludido jurista siguiendo a Alexy, nos indica que el objeto de un derecho a algo nunca puede ser una conducta de su titular ni una cosa o entidad. Si el objeto de un derecho fuera la conducta del titular, no habría relación jurídica

⁷⁰ Ibíd. Óp. Cit. p. 273

⁷¹ Ibíd. Óp. Cit. p. 274

⁷² Ídem p. 276

sino una figura solipsística y, además, se confundiría un derecho con una libertad, pues un derecho a algo implica siempre una relación jurídica con otros sujetos⁷³.

En esa misma línea, tampoco puede ser objeto de un derecho una cosa o entidad, pues el derecho se estructuraría como una relación diádica entre el titular y la cosa, relaciones que al igual que el solipsismo, carecen de relevancia jurídica pues no regulan la conducta de terceros. Así pues, según la mencionada teoría, los derechos a algo suponen relaciones triádicas que involucran la conducta de terceros. Como ya se ilustró en el Capítulo I de este ensayo, dicha relación se representa como “DabG”: “a” es el titular, “b” es el destinatario, “G” es el objeto del derecho y “D” simboliza la relación entre esos 3 elementos, es decir “a” tiene frente a “b” un derecho a “G”.

Para tener mayor claridad sobre esta concepción, debemos partir del hecho que el objeto del derecho “G” consiste en la conducta que “b” como destinatario debe ejecutar. Así, si “G” es la conducta del titular del derecho, entonces la de “b” no está vinculada por el derecho del titular, lo cual volvería vacío al mismo. Lo anterior es debido a que, si la conducta de “b” no estuviera regulada por el derecho, “b” podría hacer lo que estimara pertinente, pudiendo perjudicar el derecho de “a”.

Si, por el contrario, se incorpora a “b” en la relación, “G” determina qué conductas puede ejecutar “b”, y eso es lo que le da sentido al derecho de “a”. Al aplicar esta perspectiva al derecho a la vida, puede advertirse que “G” corresponde a la conducta de terceros, que se traduce en la obligación de “no matar arbitrariamente”, ya que precisamente, “G” no alude a la conducta del titular, y por ello, “G” no puede consistir en vivir, vivir dignamente o permanecer vivo.

Y, de ser así, la relación jurídica sería diádica (entre “a” y su vida) y como se ha visto, los derechos a algo no pueden entenderse de esa manera. Por tanto, únicamente entendiendo el derecho a la vida de manera triádica, “b” tendrá la obligación de no matar arbitrariamente a “a” y es por ello que “a” podrá intentar disfrutar de su vida como realidad fenoménica. Dicho de otro modo, la vida tiene valor y puede ser protegida efectivamente si es que el derecho a la vida consiste en la regulación de la conducta de terceros⁷⁴.

En ese sentido, lo que tradicionalmente se ha definido como el “derecho a la vida”, es únicamente la prohibición de atentar contra la vida de otros, lo cual no genera derecho alguno ni “a vivir” ni a “no morir”, sino únicamente a no morir de forma arbitraria, similar a lo acotado sobre el derecho a la salud, el cual no implica desde ningún punto de vista el derecho a “estar saludable”.

Así pues, habiendo analizado las distintas teorías sobre derecho subjetivo que permitan determinar si existe un derecho a la muerte digna, así como las

⁷³ Ibíd. Óp. Cit. p. 263

⁷⁴ Ibíd. Óp. Cit. p. 264

distintas concepciones del derecho a la vida, corresponde ahora determinar si existe o no un “derecho” en estricto sentido, a disponer de la propia vida, para lo cual haré alusión a los principales argumentos tanto a favor como en contra respecto al tema.

Capítulo III

Justificación

3. El derecho a disponer de la propia vida

Hemos visto hasta el momento, algunas de las diversas concepciones que puede tener el derecho a la vida, así como las distintas objeciones que puede presentar cada una de ellas, por lo que corresponde ahora determinar, si existe o no un “derecho” a disponer de la propia vida que es, en definitiva, donde mayor discusión hay al respecto.

Algunos autores consideran que, dentro del objeto del derecho a la vida, se incluye la “conducta” del titular, según la cual este no podría disponer de su propia vida, con lo que estaría prohibido tanto el suicidio como la eutanasia. Otros, por el contrario, sostienen que es parte de la autonomía individual de las personas el

derecho a disponer de ella, principalmente cuando por determinadas circunstancias no se está en condiciones de vivir una vida digna, no por motivos de “calidad” en lo relativo a salud, alimentación, educación, entre otros, sino a realidad biográfica, como ilustraré más adelante. Partiendo de lo anterior, para algunos, el derecho a la vida incluye el derecho a los medios de subsistencia y a una vida digna (sector más conservador), mientras que para otros (pensamiento liberal) debería no solo garantizarse la seguridad, protección, *mínimum vital*, entre otros, sino también la facultad para cada titular, de disponer libremente de su existencia.

En ese sentido, al igual que con el derecho a la vida, hay distintos argumentos tanto para aseverar que existe un derecho a disponer de la propia vida, como para sostener que su titular no tiene la facultad de ponerle fin a la misma. Sin embargo, y respecto de los argumentos en contra, personalmente considero que, en su mayoría, apelan más a razones morales o religiosas que a generar un verdadero debate técnico-jurídico y que, como puntualizaré más adelante, solo evidencian que la única razón para prohibir el reconocimiento de la muerte digna –y la consecuente legalización de la eutanasia–, obedece más a motivos de ética pública por parte de los Estados, guiados por la moralidad de la sociedad de turno, que a verdaderas razones de peso, tal como sucede en temas como el matrimonio igualitario, aborto, entre otros.

Lo anterior se debe a que la mayoría de este tipo de argumentos, tienen su origen en la marcada tendencia al *iusnaturalismo* cuando del derecho a la vida se trata, debido a la particular naturaleza del mismo. Por tal motivo, es casi imposible que en los distintos debates sobre el tema no se apele a aseveraciones como “la vida es anterior al orden jurídico”, o “no es necesario su reconocimiento legal para su tutela”, entre otros. En ese sentido y, debido a la arraigada influencia del derecho natural en el tema, reconocer la facultad de poder decidir el momento de finalizar la vida, es algo duramente cuestionado por quienes creen que la vida es un “don de Dios” y, por tanto, es indisponible para la persona humana.

Así pues, la mayor influencia a dicha tendencia y, por ende, la principal causa de la mayoría de los prejuicios sociales que hoy en día se tienen contra prácticas como la eutanasia, tiene su origen, en su mayoría, en aspectos religiosos. Posteriormente, estos fueron acrecentados por el cristianismo y su propagación en Europa, introduciendo las condiciones para que el derecho pasara de un sistema de estratificación cualitativa de la vida humana a la consideración que, como creación de Dios, cada hombre es igual a los otros y toda vida humana “es sagrada e inviolable”, tanto para su titular como para el resto de miembros de la sociedad, sin atender a su calidad física o estatus social.

María Casado nos indica que “... *ni en el derecho romano, ni en los derechos germánicos (menos aún en los derechos anteriores), esto había sido así. La muerte de un esclavo era concebida como un delito contra la propiedad, incluso las reparaciones a causa de la muerte de una persona se graduaban según el estatus, la edad y el sexo (...)* Tampoco para la filosofía antigua la vida humana era considerada un valor en cuanto tal, sino que se vinculaba a su utilidad social.

*Platón y Aristóteles preconizaron medidas de política demográfica como la exposición o el aborto. Fue, pues, la influencia de los principios religiosos y del derecho canónico en el orden jurídico medieval la causa principal de la aceptación de esta concepción de la vida como valor en sí mismo...*⁷⁵.

En ese mismo orden, la aludida autora sostiene que “... *ni siquiera en los marcos de más amplia protección de la vida han dejado de establecerse excepciones, más o menos llamativas o encubiertas, a este principio...*”; y por tal motivo, las excepciones clásicas a la prohibición de matar “... *constituyen importantes brechas en la valla protectora de la vida y, entre ellas, se encuentran tanto los casos en que a la vida biológica le era negada ab initio su calidad humana, como aquellos casos en los que la muerte de una persona era justificada según distintos argumentos...*”⁷⁶.

También considero conveniente destacar una interesante explicación que María Casado hace sobre la concepción que la vida ha tenido a lo largo de la historia frente a otros derechos. Así, nos indica que “... *[l]as excepciones clásicas a la prohibición de matar (...) constituyen importantes brechas en la valla protectora de la vida y entre ellas se encuentran tanto los casos en que a la vida biológica le era negada ab initio su calidad humana, como aquellos casos en los que la muerte de una persona era justificada según distintos argumentos. Es preciso convenir en que al intentar imponer la protección a la vida mediante la destrucción de la vida, la pretensión de santidad de esta queda suspendida...*”⁷⁷. En ese sentido, la idea es clara: si se puede destruir la vida para “seguridad” de otros bienes jurídicos, ésta se convierte en un objeto “ponderable” y, es en ello que se distinguen fundamentalmente la legítima defensa, la pena de muerte y la muerte en guerra defensiva del resto casos en que la vida se convierte en un valor “digno de ser ponderado” e incluso desplazado por intereses materiales o necesidades sociales.

3.1 Argumentos en contra de la disponibilidad de la propia vida

3.1.1 La vida pertenece al Estado

Según esta tesis, la vida de las personas pertenece al Estado, razón por la cual, el individuo no puede disponer libremente de ella y, consecuentemente, tampoco puede determinar el momento para finalizarla. El principal problema de esta concepción, como fácilmente puede advertirse, radica en una visión totalitarista del Estado independientemente de la ideología que este profese o el sistema instaurado, lo cual, es totalmente contrario al Estado democrático y constitucional de Derecho. Por lo que, sostener esta tesis, resulta en demasía complicado y, es por ello, que no posee mayor aceptación; razón por la cual, no

⁷⁵ Vid. CASADO, M., “Argumentos para el debate en torno a la eutanasia, morir en libertad”, Colección de bioética, Universitat de Barcelona, p. 19.

⁷⁶ *Ibíd.* Óp. Cit. pág. 20.

⁷⁷ *Ídem.*

constituye un verdadero argumento. A manera de ejemplo, puede citarse el caso de la Alemania Nazi en la Segunda Guerra Mundial, cuyo régimen dictatorial y absolutista permitió al Estado la libre disposición de la vida de una buena parte de su población, por considerarla indeseable, la Unión Soviética con la represión política instaurada por Stalin, y otros, o incluso, cualquier estado totalitarista de la actualidad que continúe con prácticas similares.

3.1.2 El argumento del daño a terceros.

Para esta concepción, si un individuo decide finalizar su vida –ya sea mediante suicidio o eutanasia– cesa con ello, todas sus contribuciones económicas, intelectuales, laborales, afectivas, etc., a otros –como los miembros de su familia– y a la sociedad en su conjunto, lo cual irremediablemente genera – en mayor o menor medida– un daño. Este argumento, aunque en principio puede parecer razonable, tiene objeciones, pues no debe olvidarse el evidente hecho que no todos los individuos dentro de una sociedad están en condiciones de contribuir con ella, o al menos no de la misma manera, debido a que la colectividad tiene por naturaleza una composición heterogénea, por lo tanto, este argumento difícilmente sería válido.

Ahora bien, hipotéticamente hablando si partimos del hecho que todas las personas pudieran contribuir a la sociedad de manera uniforme, también debe lidiarse con una situación complicada: si se tienen en cuenta los intereses de terceros y de la sociedad, también deben sopesarse los intereses del sujeto. Al respecto, García-Huidobro nos indica que si un individuo pretende adoptar tan drástica decisión como es finalizar con su vida, también es dable suponer que sus intereses son especialmente fuertes –y por tanto deberían ser satisfechos por la misma sociedad– lo que exige entonces “... ser cautelosos frente al peso que pueden tener los intereses de terceros...”⁷⁸.

El aludido autor nos indica también, que David Hume refuta la idea de la contribución social con un argumento sumamente interesante, al sostener que: “*Un hombre que se retira de la vida no hace daño alguno a la sociedad; lo único que hace es dejar de producirle bien. (...) Todas nuestras obligaciones de hacer bien a la sociedad parecen implicar algún beneficio recíproco. Yo recibo beneficios de la sociedad, y por lo tanto me veo obligado a promover sus intereses. Pero cuando yo me aparto totalmente de ella, ¿podré estar siguiendo atado a esas obligaciones? (...) ¿Por qué debo, pues, prolongar una existencia miserable sólo porque el público podría recibir de mí alguna minúscula ventaja? Si a causa de la edad o de enfermedades me está legalmente permitido jubilarme de cualquier empleo y utilizar todo mi tiempo en combatir esas calamidades y en aliviar en lo posible las molestias de la vida que me quede, ¿por qué no ha de estarme permitido acabar de una vez por todas con esos sufrimientos llevando a cabo una acción que no es más perjudicial para la sociedad?*”⁷⁹

⁷⁸ GARCÍA-HUIDOBRO, R., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 285

⁷⁹ *Ídem.*

Por lo anterior, puede concluirse que este argumento requiere establecer deberes positivos, situación que, tal y como he indicado es un tema complejo. Aunado a ello, es posible que el individuo que desea finalizar su vida no sea capaz de producir ninguna contribución a la sociedad o, peor aún, que el sujeto sea más bien una carga para ella, lo que también implicaría un daño a los demás miembros que componen la sociedad. Por ello, en casos como los acotados, el argumento del perjuicio no funciona, o bien, tiene límites pues habrá casos en que no será aplicable y, por tanto, no es concluyente o suficiente para controvertir el derecho a disponer de la vida.

3.1.3 El argumento Kantiano

García-Huidobro nos indica que este argumento parte de la idea de Kant que el suicidio no es compatible con la máxima ética de la universalización porque es auto-contradictorio y, además, pugna con el principio de tratar a la humanidad siempre como un fin y no sólo como un medio. Sin embargo, para el aludido autor, los argumentos de Kant no son concluyentes y, citando a Carlos Nino, señala que: *“... puede haber circunstancias en que el suicidio no implique una actitud de desprecio hacia la vida que sea incompatible con el supuesto fin del sentimiento de autoestima (como el caso de quien se suicida para evitar una muerte cierta a través de terribles torturas). En segundo término, no es claro que sea moralmente relevante si la función “natural” del sentimiento de autoestima es o no la de fomentar la vida (...) por último, no todo suicidio está motivado por un sentimiento de autoestima...”*⁸⁰. Para ilustrar ese punto, pone de ejemplo el caso de quien se suicida para que su familia cobre un seguro de vida. Además, pone de manifiesto que no siempre será obvio por qué quien decide libremente quitarse su vida está usando su persona como un mero medio.

Partiendo de lo anterior, el argumento de Kant que el suicida se trata a sí mismo “como un medio”, no tiene sentido, pues quien sostiene que la vida es indisponible por parte del individuo, está colocando a la vida como un fin en sí mismo, con prescindencia del sujeto que la porta. Sin embargo, el sujeto que desea finalizar su vida, tiene razones que él considera “relevantes” para hacerlo y, si no debe hacerlo por consideración a un fin en sí mismo, como es la vida, entonces él se pone al “servicio” de ese fin, con lo cual él se coloca como un medio. Por lo anterior, el autor en comentario nos indica que cuando la sociedad prohíbe el suicidio, coloca a las personas al servicio de este fin último *“... y eso parece una instrumentalización que contradice la ética kantiana...”*, ya que para Kant, no basta convertirse en medio, tiene que ser un “mero medio”, es decir, que la ética kantiana prohíbe tratar a alguien “sólo” como medio, no como un “medio y a la vez un fin”⁸¹. Con ello, el sujeto que desea suicidarse simplemente no desea vivir, de manera que, forzarlo a vivir contra su voluntad no es tratarlo como un fin, sino sólo como un medio.

⁸⁰ Ídem. p. 286

⁸¹ Ídem.

3.1.4 El argumento religioso

Este es, en definitiva, un argumento sumamente recurrente en los debates sobre la muerte digna y, es también desde mi punto de vista, el menos sólido para sostener –al menos desde la perspectiva técnico-jurídica– que no existe tal derecho, por obvias razones: la necesaria laicidad del Estado en un sistema democrático y constitucional de Derecho, aunado a que la certeza sobre existencia de un Ser Superior, aún se encuentra supeditada a una base científica o al menos comprobable, entre otros. Este tipo de argumento se caracteriza por ser de tipo metafísico, no susceptibles de prueba, y dogmáticos.

Sin embargo, autores como el estudiado en este apartado, consideran que, de todos los argumentos en contra de disponer de la vida, el único que “puede tener algún sentido” es el argumento religioso, pues la única razón por la cual un individuo no podría disponer de algo es porque “no le pertenece”, de modo que, si se sostiene que las personas no son dueñas de su vida, entonces al único a quien podría pertenecerle es a Dios. No obstante lo anterior, García-Huidobro también reconoce que este argumento tiene debilidades insalvables, pues en primer lugar “... *no es un argumento sino una petición de principio: la vida pertenece a Dios...*”, dicha afirmación no es una razón, “... *y no parece haber ninguna razón para creer en esa petición, salvo –claro– la fe de algunos...*”⁸².

El aludido jurista nos indica, además, que autores clásicos que apelaron a dicho argumento no lo hicieron con carácter absoluto y, para sostener este punto, cita por ejemplo a Locke, quien reconocía que la vida sí es disponible cuando indicaba: “... *a menos que se trate de hacer justicia con quien haya cometido una ofensa, no podrá quitar la vida...*”. O como el caso de Hume, que también ha formulado críticas al postulado teológico, particularmente en relación con contrariar la voluntad divina pues consideraba que “... *si el suicidio es de naturaleza criminal, ha de constituir una trasgresión de nuestros deberes para con Dios, para con nuestro prójimo, o para con nosotros mismos...*” con lo cual intenta demostrar, que el suicidio no puede constituir una trasgresión de deberes para con Dios pues “... *si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al Todopoderoso, y fuese un infringimiento del derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar su vida, como el que decidiese destruirla. Si yo rechazo una piedra que va a caer sobre mi cabeza, estoy alterando el curso de la naturaleza, y estoy invadiendo una región que sólo pertenece al Todopoderoso, al prolongar mi vida más allá del período que, según las leyes de la materia y el movimiento, Él le había asignado...*”⁸³.

Finalmente, vale la pena destacar otra dificultad de sostener este argumento: la pena de muerte. En efecto, si la vida pertenece a Dios no es posible

⁸² Ídem. p. 288

⁸³ Ídem. p. 289

disponer de ella mediante dicha medida, pues ni aún el poder soberano del Estado podría justificar quitar tal preciado don a un individuo, ya que sólo Dios tiene esa facultad. Similar situación ocurriría incluso con la legítima defensa, pues si partimos de la premisa que solo un Ser Superior puede decidir cuando alguien vive o muere, irremediablemente llegaríamos a la conclusión que la vida no podría suprimirse en ninguna circunstancia y bajo ninguna condición, lo cual es absurdo, pues ningún derecho fundamental es absoluto.

Otros argumentos que podrían alegarse al momento de sostener que no existe un derecho a disponer de la propia vida –algunos, recurrentes en los debates sobre el tema– pueden ser los siguientes:

– “Al aceptar la eutanasia, se acepta también que algunas vidas son menos valiosas que otras”. Este argumento debe ser rechazado totalmente, ya que en la eutanasia directa –que es la que nos interesa para efectos de este ensayo– quien decide de forma libre que desea finalizar con su vida es su titular y no un grupo de personas en nombre de este; de igual manera, el cese de la vida de una persona mediante esta praxis no obedece a motivos cualificables, sino a una condición en esta que permite su aplicación. A manera de ejemplo para contrarrestar esta tesis, considero oportuno traer a colación el caso de Stephen Hawking, un físico teórico que padece una enfermedad motoneuronal relacionada con la esclerosis lateral amiotrófica, que desde los años 70s lo tiene paralizado casi por completo.

Si nos remitimos al caso del Dr. Hawking, este argumento carece de sentido, pues no obstante tener una condición que prácticamente lo condena a no tener una vida “normal” como la de cualquier otra persona, es uno de los científicos más importantes de las últimas décadas, considerado por muchos como el más brillante desde Albert Einstein, por lo que su vida es sumamente valiosa no solo para la comunidad científica, sino para la humanidad en general por todos sus aportes en la materia. En todo caso –y aún de forma discutible– este argumento probablemente podría tener cabida en la práctica de la eugenesia, que no es el tema central de mi propuesta.

– “El paciente en realidad no elige finalizar con su vida de forma libre, sino que su decisión es tomada en un estado de desesperación, influenciado por el dolor”. Considero que esta tesis tampoco debe ser aceptada como motivo suficiente para estar en contra del reconocimiento del derecho a la muerte digna, pues si bien es cierto, muchas personas en momentos de agonía podrían solicitar la finalización de su vida –lo cual haría que este argumento fuese más aplicable para un homicidio piadoso– uno de los presupuestos para la procedencia de la eutanasia es precisamente que exista un consentimiento libre por parte de quien desea finalizar con su vida.

La respuesta a este argumento es dada por Ruiz Miguel, cuando nos indica que “... *el reconocimiento del derecho de los pacientes al consentimiento informado en los tratamientos sanitarios, tiende a resolver en principio de manera no problemática tanto el caso de quien desea como único o predominante*”

*tratamiento médico unos cuidados paliativos que pueden producirle la muerte (la eutanasia indirecta) como también, aunque algo más problemáticamente, el de quien prefiere dejarse morir negándose a recibir un tratamiento...*⁸⁴.

En este apartado, considero pertinente hacer alusión al caso de Jack Kevorkian, el célebre médico estadounidense apodado el “Doctor Muerte” por ayudar a más de 130 personas a morir mediante el suicidio asistido, práctica de la que fue fiel defensor durante buena etapa de su carrera. Kevorkian no aceptaba asistir en suicidio a cualquier persona que se lo pidiera, por el contrario, hacía una “evaluación” de las razones por las cuales sus pacientes deseaban finalizar con su vida. Uno de los motivos por los que se negó en muchas ocasiones a tratar convalecientes –además de únicamente hacerlo con quienes padecían enfermedades terminales o con graves afecciones– era la falta de convencimiento pleno de estos. Precisamente, es recurrente existencia de personas que no desean realmente finalizar con su vida manifestando, en muchos casos. Su deseo de morir cuando son presa del dolor o la desesperación, y por tal motivo, una *conditio sine qua non* es el consentimiento libre, expreso y pleno. Por lo que, apelar a dicha situación para intentar argumentar que no debe existir un derecho a la muerte digna, me parece insuficiente.

– “Afecta los derechos de otras personas y no sólo los del paciente que desea finalizar con su vida”. Respecto a este argumento, considero que puede ser razonable dependiendo cómo se plantee, pues no obstante en apariencia encuentra su base únicamente en motivos egoístas y no en razones netamente jurídicas, lo cierto es que en el fondo lo que plantea es una colisión de derechos fundamentales entre el titular de la vida y las personas que pueden verse afectadas por su decisión de finalizarla, lo cual debe ser solventado mediante un juicio de ponderación. Y me parece razonable, porque no contemplar esa posibilidad conllevaría a concluir tácitamente que el derecho a la muerte digna sería un derecho absoluto, lo cual es inaceptable desde la teoría de los derechos fundamentales.

Así pues, debe partirse de la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, según la cual estos contienen un núcleo fijo e inmutable de manera que cualquier afectación al mismo resulta ilícita. Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que “... [e]l *ius puniendi* no puede ejercerse mediante extralimitación, alteración o restricción contraria al contenido esencial de los derechos; ello está expresamente prohibido por el art. 246 Cn (...) El hecho de que los preceptos constitucionales vinculen al legislador supone en todo caso que los derechos fundamentales han de ser ejercitados en el ámbito de protección delimitado por aquél, a quien desde luego se le reconoce una habilitación constitucional – no exenta de límites– para condicionar dicho ejercicio con arreglo a una pluralidad de posibles ordenaciones. Ello supone, de un lado, que por tratarse de derechos y ser, por ello, inmediatamente vinculantes para los poderes

⁸⁴ Vid. RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, Revista española de Derecho Constitucional, núm. 89, mayo-agosto 2010, p. 28

*públicos, el legislador se encuentra obligado, inexcusablemente, a arbitrar las condiciones de ejercicio del derecho, y, de otro, que –aun disfrutando en esta tarea de amplio margen de discrecionalidad- las condiciones impuestas han de ser compatibles con el contenido esencial de los derechos....*⁸⁵. En ese sentido, en primer lugar, debe fijarse cuáles serían los derechos fundamentales que entrarían en colisión, para después con base a los límites externos de los mismos proceder a determinar mediante un juicio de ponderación cuál es el derecho fundamental que quedaría desplazado, lo cual obviamente, dependerá de cada caso en concreto.

– “Un cuidado paliativo adecuado hace innecesaria la eutanasia”. Este argumento, al menos de momento, considero que es inviable. Y es que, de tenerlo por válido, llegaríamos irremediablemente a la conclusión que en el mundo de la medicina no existen enfermedades crónicas, incurables o terminales capaces de llevar a una persona a tan drástica decisión como es finalizar con su vida, lo cual es falso. Probablemente y con el pasar de los años, la ciencia avance a tal grado que muchas de las enfermedades que hoy en día se consideran “incurables”, degenerativas, o bien, que causan graves afecciones a quienes las padecen encuentren su cura, un tratamiento eficaz para frenar su avance o, en el mejor de los casos, revertir el daño causado por esta. Sin embargo y al menos de momento, considero que este argumento no tiene una base sólida que permita aseverar de forma razonable que la eutanasia es “innecesaria” cuando se aplica un cuidado adecuado.

– “Su práctica es contraria al juramento hipocrático”. Tampoco considero que este sea un argumento válido para oponerse al reconocimiento del derecho a la muerte digna, ya que la eutanasia no es incompatible con el juramento hipocrático, pues tal y como se ha establecido en la mayoría de países donde se encuentra regulada, dicha praxis es una especie de “ultima ratio” médica y, por tal motivo, su carácter es eminentemente excepcional. Asimismo, si bien es cierto el juramento hipocrático consiste en garantizar a una persona el mantenimiento de la vida hasta el último momento y sobre cualquier circunstancia y, por tanto, puede afirmarse razonablemente que la eutanasia contraría el mismo, también puede contra-argumentarse válidamente que también es contrario al juramento hipocrático el encarnizamiento terapéutico, ya que alargar la vida de forma estéril aún en contra de la voluntad de su titular con el único fin de conservar la misma, puede ser contrario para la ética y moral de un sector de la población.

– “Expone a personas vulnerables a presiones para finalizar con su vida”. Considero que esta tesis también debe ser rechazada por completo, ya que no todas las personas que desean finalizar su vida mediante la aplicación de la eutanasia se encuentran en un estado depresivo o susceptible de manipulación para solicitarla de manera coaccionada –o al menos no libre–. Y es que, si bien es cierto una enfermedad crónica, terminal, que provoque dolores intensos, etc., por

⁸⁵ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 1 de abril de 2004, Referencia 52-2003 acumuladas (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

regla general va aparejada de un estado de ánimo depresivo –la mayoría de veces por el escaso número de probabilidades de vida–, no todas las personas que padecen ese tipo de enfermedades desean finalizar sus vidas. Por el contrario, científicamente está demostrado que forma parte natural en todos los seres vivos el instinto de supervivencia ante situaciones que puedan poner en riesgo su vida, incluidas las enfermedades terminales.

Para solventar esta problemática, puede incorporarse como parte del protocolo aplicable a la eutanasia un examen psicológico obligatorio que determine si efectivamente el paciente desea finalizar con su vida o, por el contrario, su deseo únicamente es producto de un estado de depresión, ansiedad y desesperación intermitente.

– “Es el comienzo de una pendiente resbaladiza que favorece eventuales abusos”. Este argumento tampoco es viable, pues además de ser uno de los más recurrentes –como el religioso– incurre también en la falacia de generalización apresurada. Esta tesis es igualmente utilizada para oponerse a temas como matrimonio igualitario y aborto; sin embargo, en esencia se encuentra carente de una base sólida que sustente dicha afirmación, pues como he hecho hincapié en párrafos anteriores, la regla general no es que una persona desee finalizar con su vida, sino todo lo contrario, la gran mayoría de pacientes terminales o con enfermedades crónicas tienen como objetivo luchar por sus vidas, muchas veces aún en contra de un pronóstico médico nefasto o poco alentador. Así, en los países donde la eutanasia es legal, existe todo un sistema de indicaciones a seguir para su aplicación, además de un fuerte control por parte del Estado precisamente para evitar abusos por parte de los médicos, o bien, de personas que pueden tener un interés en que un individuo finalice su vida -familiares que desean cobrar un seguro de vida, herencia, etc.-.

– “La mayor parte de la población la rechaza”. Este argumento también incurre en la falacia *secundum quid*, ya que no existe una base que ampare dicha aseveración. De igual manera, aún y cuando fuese cierta, ello no es impedimento para que el derecho a la muerte digna sea reconocido, pues no debe perderse de vista que el reconocimiento de los derechos fundamentales no puede quedar al arbitrio de la mayoría dentro de la población, pues como dice Dworkin “... [l]a Constitución (...) está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en su grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común...”⁸⁶.

3.2 Argumentos a favor de la disponibilidad de la propia vida

3.2.1 Incompatibilidad con otras figuras legalmente reconocidas

⁸⁶ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1989, p. 211

Un primer argumento válido para defender el derecho a la muerte digna puede ser el siguiente: si en un sistema jurídico, de manera excepcional y bajo determinadas circunstancias, está justificado disponer de la vida de un individuo, aún en contra de su voluntad, *v.gr.*: en casos de legítima defensa como excluyente de responsabilidad penal, o bien en los Estados donde es permitida la pena de muerte, puede sostenerse de manera razonable apelando al argumento *a fortiori* que, si está permitido matar a otro contra su voluntad con mayor razón debe permitirse que un individuo decida finalizar con su vida voluntariamente, en caso contrario carecería de sentido su prohibición. Por lo que puede cuestionarse lo siguiente: o el cese de la vida debe permitirse en ambos casos o en ninguno. Sobre esta postura tan radical, García-Huidobro nos indica de manera acertada que dentro de una sociedad “... como todas las personas permitirán la disposición de la vida de un tercero al menos en un caso (legítima defensa), entonces no queda otra alternativa que permitir que el titular pueda disponer de su vida...”⁸⁷.

3.2.2 La tesis de la autonomía de la persona

Otra tesis es la autonomía del individuo, conocida también como “el adulto competente”, donde la autonomía da valor a la vida. Este es un argumento capital en el debate sobre si existe o no un derecho a tener una muerte digna y básicamente resulta insoslayable referirse al mismo, pues como bien afirma Dworkin “...tres cuestiones distintas se dan cita en las decisiones relativas a la eutanasia. Debemos preocuparnos por respetar de la mejor manera posible la autonomía del paciente, sus intereses y el valor intrínseco o santidad de su vida...”⁸⁸. En ese sentido, para Dworkin no es posible entender adecuadamente ninguna de estas cuestiones (autonomía, interés y el valor intrínseco de la vida del paciente) mientras no se comprenda por qué algunas personas desean permanecer biológicamente vivas el mayor tiempo posible, aún en circunstancias terribles como una tetraplejía o sufriendo dolores espantosos, mientras que otras por el contrario, desean finalizar con sus vidas al encontrarse en situaciones similares tan pronto como sea posible⁸⁹.

En efecto, si se considera fundamental que las personas sean libres para determinarse a sí mismas –con exclusión del daño a terceros– ningún derecho fundamental puede tener algún sentido si no se parte del principio básico de la autodeterminación: la libertad de expresión, el derecho de propiedad, la libertad de locomoción, la libertad de trabajo, entre otros, no tienen relevancia si no asumimos que el sujeto es libre para decidir su propia vida, pues la sola idea de responsabilidad supone capacidad de autodeterminación⁹⁰.

⁸⁷ GARCÍA-HUIDOBRO, R., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 292.

⁸⁸ Vid. DWORKIN, R., *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Universitat Pompeu Fabra, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1ª edición, 1994. p. 39

⁸⁹ *Ídem.*

⁹⁰ GARCÍA-HUIDOBRO, R. *Ibíd.* Óp. Cit. p. 292.

La anterior idea puede ser complementada con lo sostenido por Ruiz Miguel, quien siguiendo la opinión de la Baronesa Hale of Richmond indica que “... *si nos tomamos en serio la protección de la autonomía, tenemos que aceptar que individuos autónomos tengan diferentes visiones sobre lo que hace que sus vidas valgan la pena de ser vividas (...)* No corresponde a la sociedad decirle a la gente qué valor tienen sus propias vidas...”⁹¹.

La autonomía individual está íntimamente vinculada a la dignidad humana. Dorn Garrido nos indica que es posible afirmar que la dignidad de la persona exhibe una dimensión individual “anclada” en la autonomía y libre desarrollo de la personalidad, pero también contempla una dimensión ético-pública que remite la dignidad de la persona humana al nivel de “fundamento del orden político”, con una fuerte superposición social que legitimaría la intervención de la sociedad ante actos que contravienen dichos valores que nutren una ética pública de mínimos⁹².

Como complemento a la autonomía individual, podemos citar también el libre desarrollo de la personalidad, según la cual el individuo es dueño de su propio proyecto vital. Alvarado Tapia, citando a García San Miguel nos indica que este derecho fundamental es interpretable, al menos en un doble sentido: autonomista y objetivista. El primero se refiere a “el derecho de hacer con la propia vida lo que cada uno quiera” (siempre y cuando no se perjudique a los demás) y autorizaría, por ejemplo, a que cualquiera pudiera suicidarse, reclamar ayuda para morir o consumir drogas, entre otros, es decir, incluye la más amplia libertad para tomar decisiones acerca de la propia vida. En cambio, interpretada en sentido objetivista, la expresión significaría “el derecho a adoptar decisiones que no sean contrarios a ciertos valores como la salud o la vida”, con lo cual quedarían impedidas ciertas decisiones como el suicidio, conductas autorreferentes, entre otros.⁹³

En lo que respecta a la muerte digna, Diego Valadés nos indica que la autonomía 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 su perspectiva afecta su dignidad personal. Para el autor, este concepto incluye dos grandes rubros: a) la supresión de un tratamiento y b) 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 vital⁹⁴.

⁹¹ RUIZ MIGUEL, C., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 22.

⁹² Vid. DORN GARRIDO, C., “*La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual*”, *Revista de Derecho*, N° 26, 2011, p. 75

⁹³ Vid. ALVARADO TAPIA, K., “*El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España*”, *Revista de Investigación Jurídica* N° 10, p. 5

⁹⁴ Vid. VALADÉS D., “*Eutanasia, régimen jurídico de la autonomía de la voluntad, derechos humanos, aborto y eutanasia*”, Instituto de investigaciones jurídicas serie estudios jurídicos, Núm. 125, p. 90.

Partiendo de lo anterior y en cuanto a la supresión de un tratamiento, existen dos posibles escenarios: 1) que lo decida el paciente o 2) que lo haga un tercero. Sobre la posibilidad que lo decida el propio paciente, en algunos ordenamientos jurídicos ese problema se ha resuelto con los documentos de “voluntades anticipadas”, los cuales contienen el conjunto de *“previsiones adoptadas por una persona para ser aplicadas cuando no tenga posibilidades físicas de tomar una decisión”*. De igual manera, Valadés nos aclara que la expresión “testamento vital” usada con frecuencia para aludir a ese tipo de documento es “inadecuada”, pues por definición *“un testamento sólo surte efectos a partir de la muerte de su otorgante”*⁹⁵.

Otros autores como Flores Salgado, consideran que las voluntades anticipadas descansan sobre el principio de autonomía de la voluntad que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus intereses y, por lo tanto, es válido catalogarlo como “testamento vital”, pues se trata de un acto jurídico encaminado a producir consecuencias de derecho, consistentes en: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos subjetivos Y obligaciones. Para la autora, las voluntades anticipadas tienen su base en la autonomía de la voluntad, porque esta les permite a las personas crear “relaciones obligatorias” entre ellos, las cuales deberán ser reconocidas y sancionadas por las normas de derecho. En ese sentido, no obstante la autonomía de la voluntad es un principio básico del derecho civil, cuando se externa la voluntad se está en presencia de un “acto jurídico” y, al ser el testamento un acto jurídico, manifiesta la voluntad de la persona para darle una muerte digna o para terminar su vida de sufrimiento, causado por enfermedad terminal⁹⁶.

Sin embargo, lo cierto es que independientemente de la nominación que reciba, en El Salvador no existe una ley especial que regule las voluntades anticipadas y reconozca la posibilidad de disponer con antelación qué decisión tomar en torno a la propia vida en determinados casos, como si ocurre en otros países (Colombia, Canadá, España u otros.); por lo que, invocar dicha solución al menos de momento parece poco viable, teniendo en cuenta el arraigado legalismo que aún impera en la cultura jurídica nacional. Ahora bien, es criticable (no por el fin que persigue sino por la injustificada diferenciación) el hecho que la voluntad anticipada en nuestro país tenga validez cuando, por ejemplo, se trata de donación de órganos. Así el Código de Salud en su art. 128-D dispone *“la obtención de órganos o tejidos para trasplante, podrá ser a partir de personas vivas o muertas, que en vida hayan expresado, su voluntad de donar...”*; mientras que el art. 128-E establece *“la voluntad de ser donante de órganos o tejidos podrá*

⁹⁵ Ídem. p. 91.

⁹⁶ Vid. FLORES SALGADO, L., *“Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México”*, Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, año IX, N° 36, Julio-Diciembre de 2015, p. 157.

*expresarse ya sea en la licencia de conducir o en el documento de identidad personal vigente, o mediante escritura pública otorgada ante notario*⁹⁷.

Nótese, entonces, que reconocer a una persona el ejercicio de una voluntad anticipada a partir de la autonomía individual (lo cual es perfectamente aplicable al derecho a la muerte digna) más que un problema jurídico (más allá que su reconocimiento sea o no solventado mediante una legislación) supone un problema de ética pública, tema sobre el cual me referiré posteriormente.

Ahora bien, con respecto a que la decisión de suprimir el tratamiento sea tomada por un tercero, la Ley de Deberes y Derechos de los Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud dispone en su art. 15 que “[t]odo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante y el prestador de servicios de salud, luego de recibir información adecuada, suficiente y continua; lo que deberá constar por escrito y firmado por el paciente o su representante, en el formulario autorizado para tal fin”; mientras que el art. 17 de dicho cuerpo normativo establece “El consentimiento informado se otorgará por sustitución en los siguientes supuestos: a) Cónyuge o conviviente, o familiares, cuando el paciente esté circunstancialmente incapacitado para tomarlas. En el caso de los familiares, tendrá preferencia el de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. Si el paciente hubiera designado previamente una persona, a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia...”⁹⁸.

Llama poderosamente la atención, el hecho que en nuestro país la regulación del consentimiento únicamente es enfocada a la aplicación de cuidados paliativos, pero no a su cesación o suspensión. Lo anterior, al menos desde mi punto de vista, obedece a una solución práctica que el Estado brinda al sistema de salud para poder lidiar frente a situaciones casuísticas en las que debe tomarse una determinada decisión, encaminada más a la conservación de la vida (o incluso a la liberación de responsabilidad de los médicos) que, a evitar un probable encarnizamiento terapéutico, entendiendo tal concepto como será desarrollado en el apartado 3.4.

3.2.3 El argumento de la dignidad humana

En consonancia con lo anterior, otro argumento sumamente recurrente a favor del derecho en estudio, es que su no reconocimiento es contrario a la dignidad humana. No debe perderse de vista, que la fuente de la dignidad se origina en la propia humanidad, ello supone además la existencia de rasgos propios, lo cual se encuentra en la facultad racional del ser humano, capacidad

⁹⁷ Vid. Código de Salud, D.L. N° 955 del 28 de abril de 1988, publicado en el D.O. N° 80, Tomo 299 del 11 de mayo de 1988.

⁹⁸ Vid. Ley de Deberes y Derechos de los Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud, D.L. N° 307 de 10 de marzo de 2016, publicado en el D. O, N° 64, Tomo 411 del 8 de abril de 2016.

que le permite elegir libremente su curso de existencia, según sus propias convicciones o ideologías (ética privada), escapando de las determinaciones del mundo externo⁹⁹. Así pues, si existe un derecho fundamental de todo ser humano a ser reconocido como “persona humana” ello implica también el respeto a su dignidad, que no es otra cosa que reconocerle un valor en sí misma. Es por ello que la dignidad es reconocida en ordenamientos donde impera el Estado Constitucional de Derecho como el “valor supremo” del cual se derivan todos los derechos fundamentales.

En ese orden, este argumento plantea lo siguiente “la dignidad humana procura que las personas puedan vivir con dignidad o morir con dignidad”. Por ello, es utilizada tanto para defender el derecho a la muerte digna como para rechazarlo. Sin embargo, personalmente, considero que la dignidad humana no puede ser invocada como argumento para oponerse a la aplicación de la eutanasia, pues dicha postura irremediablemente conlleva a la conclusión que, por ejemplo, avalar el encarnizamiento terapéutico permite a una persona “vivir con dignidad”, lo cual es absurdo.

Tal y como lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional en la ya citada inconstitucionalidad 18-98, el sentido de la dignidad humana “... es la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, como el valor orientador y legitimador del Estado Constitucional de Derecho...” razón por la cual en nuestro ordenamiento jurídico “... presenta un triple significado en su carácter de valor. En primer lugar, supone el reconocimiento del carácter instrumental o servicial del Estado como orden adecuado a la consecución de fines (...) En segundo lugar (...) como encabezado de la declaración de derechos que se contiene en la Constitución (...) Finalmente, la idea de ser humano cuya dignidad se protege y de la que parte el Constituyente, no es la correspondiente a la de un ser aislado sino ligado a un entorno social, obligado por tanto al respeto de las normas jurídicas y a los derechos de los demás...”¹⁰⁰.

Considero sumamente interesante la propuesta de Rodolfo Vásquez sobre el concepto de dignidad humana, según la cual debe entenderse como “... un límite de lo moralmente admisible cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo...”. Partiendo de lo anterior, para el aludido jurista se trata de “... acceder al concepto de dignidad por vía negativa y reservar el concepto de autonomía para los merecimientos de los cuales somos capaces (...) Dignidad y autonomía son, así, el negativo y el positivo de la ley moral. Obrar moralmente, cumplir la ley moral, se puede realizar por vía negativa haciendo valer el principio de dignidad, o por vía positiva, haciendo valer el principio de autonomía personal...”. Según esta propuesta entonces, acceder a la dignidad por vía negativa, es “... hacer valer los mínimos inalterables que deben ser salvaguardados en cualquier ser humano...” lo que implicaría entre otras cosas, el derecho a no recibir un trato cruel, inhumano o degradante, y consecuentemente puede argumentarse que el derecho a una

⁹⁹ DORN GARRIDO, C., *Ibíd.* Óp. Cit., p. 74.

¹⁰⁰ Inc. 18-98.

muerte digna, es el derecho de todo ser humano a morir sin crueldad y humillación¹⁰¹.

Para finalizar el razonamiento de la dignidad humana como tesis para el reconocimiento de la muerte digna, creo pertinente acotar lo argumentado por Christian Starck sobre la obligación estatal de respetar la dignidad humana. Así pues, el derecho público debe ser creado de tal manera que las violaciones de la dignidad sean imposibles cuando se interpreten las normas. Starck sostiene que dicha obligación se divide en dos áreas: 1- protección a través de apoyo material propio del Estado, y 2- protección frente a los ataques de terceros. En lo que se refiere a la primera, el Estado debe asegurar las condiciones mínimas para una vida digna de los ciudadanos que no están en condiciones de desarrollarse personal o socialmente por enfermedades físicas o mentales y, por lo tanto, no pueden mantenerse ellos mismos. Respecto de la segunda, la protección debe ser proporcional y corresponder a la forma, gravedad del peligro e intensidad de la violación¹⁰².

Por todo lo anterior puede concluirse que, forzar la conservación de la vida en determinadas condiciones puede suponer un atentado a la dignidad, valor supremo reconocido en la Constitución y del que se derivan todos los derechos fundamentales de las personas y, como acertadamente indica García-Huidobro, siguiendo a Garzón, ningún sistema de reglas puede fijarse transgrediendo la dignidad humana; por lo que, impedir a un “sujeto competente” disponer de su vida implica forzarlo a conseguir para sí mismo otros fines que los que él se ha fijado, anular su capacidad de discernimiento y de agente moral y considerarlo como si fuera un incompetente básico que requiere paternalismo¹⁰³.

3.2.4 El encarnizamiento terapéutico

Evitar el encarnizamiento terapéutico, ensañamiento terapéutico, obstinación terapéutica, futilidad médica, tratamiento fútil, futilidad diagnóstica o, más concretamente en su término técnico: distanasia, es otro argumento válido para estar a favor de la muerte digna. Aunque dicha figura será analizada en el siguiente capítulo, de momento es válido acotar, que la distanasia es el nombre dado en bioética a la práctica médica de alargar la vida de un paciente de manera innecesaria. Sin embargo, tal como lo indica Álvaro Valbuena “... [l]a posibilidad de manejos distanáxicos está dada por la capacidad que desarrolla la medicina para diferir la muerte...”¹⁰⁴. En ese sentido, puede afirmarse que el encarnizamiento terapéutico es una figura en constante cambio, ya que las enfermedades o padecimientos que en épocas pasadas daban lugar a este tipo de

¹⁰¹ Vid. VÁSQUEZ, R., “Derechos humanos una lectura liberal igualitaria”, Instituto de investigaciones jurídicas serie de estudios jurídicos N° 274, UNAM, México 2015, p. 30.

¹⁰² Vid. STARCK, C., *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, primera edición, Vol. I, p. 127.

¹⁰³ GARCÍA-HUIDOBRO, R., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 294.

¹⁰⁴ Vid. VALBUENA A., “La distanasia, paradoja del progreso biomédico”, *Revista colombiana de bioética*, Vol. 3 N° 1, enero-junio de 2008, p. 149.

prácticas, con el avance de la medicina no solo se evita su implementación, sino que en muchos casos incluso se ha llegado a encontrar la cura.

Así pues, según Valbuena lo anterior se debe a que: "... [es] durante la segunda mitad del siglo XX [que] tiene lugar el perfeccionamiento de las técnicas de reanimación cardiopulmonar, el desarrollo de desfibriladores, ventiladores y máquinas de diálisis, posteriormente la posibilidad de hacer trasplantes cardiacos y renales, etc. Así, el médico tiene por primera vez un control efectivo sobre la muerte, lo cual da sustento a la idea que es un deber médico luchar contra la muerte a toda costa..."¹⁰⁵. Sin embargo, y no obstante sea una figura en constante "cambio", su esencia se mantiene intacta cuando el fin que persigue su implementación es el mismo: alargar la vida de manera estéril en los casos en que la ciencia no puede solventar un determinado padecimiento, ello sin importar el tipo de procedimiento por el que se opte.

Por ello, si bien es cierto la distanasia muchas veces está rodeada de una valoración moral injusta, pues no siempre alargar la vida de un paciente implica un encarnizamiento terapéutico, ya que incluso dicha "obstinación médica" puede ser pedida por el mismo paciente, en la mayoría de casos apelar a dicha práctica implica alargar de forma deliberada y sin sentido el dolor de una persona, pues casi siempre, la expectativa de vida [o de recuperación] es casi inexistente.

La anterior idea puede ser reforzada con lo sostenido por Dworkin, quien nos indica que "... muchos argumentos en contra de la eutanasia presuponen que a los pacientes que no sufren un gran dolor, incluso los que están permanentemente inconscientes, no se les puede dañar significativamente porque se les mantenga con vida (...) este presupuesto sirve de base a la afirmación de carácter procedimental de que los familiares que insisten en que un paciente inconsciente habría querido morir, deben satisfacer un estándar probatorio especialmente severo, como asimismo al argumento de la 'pendiente resbaladiza' según el cual el derecho no debería permitir la eutanasia porque puede terminar permitiendo demasiado, y por último a la afirmación de que los médicos se corromperán y se resentirá su sentido humanitario si se les pide que maten y se permite que lo hagan. Cuando comprendemos cómo y por qué las personas cuidan sus propias muertes, vemos que el presupuesto sobre el que depende cada uno de estos argumentos es falaz y peligroso..."¹⁰⁶. Por lo que, evitar dicho sufrimiento a las personas cuyas posibilidades de vivir son nulas o insignificantes, siempre y cuando decidan finalizar con su vida de forma libre es un argumento suficiente para reconocer el derecho a la muerte digna.

Otros argumentos recurrentes a favor de la disponibilidad de la propia vida son los siguientes:

¹⁰⁵ Ídem p. 150.

¹⁰⁶ DWORKIN R., *El dominio de la vida*, p. 283.

– “Las personas tienen derecho a decidir cuándo y cómo morir”. Esta tesis está íntimamente vinculada a la que defiende que la autonomía individual de la persona, es motivo suficiente para decidir de forma libre el momento de finalización de la vida. En ese sentido, más que considerarlo un argumento autónomo capaz de sostener razonablemente la existencia de un derecho a la muerte digna, creo que implica un complemento del ya analizado.

– “Es cruel e inhumano negar a alguien morir cuando está sufriendo de modo intolerable”. Aunque en apariencia podría incurrir en la falacia de apelación a la misericordia (“además de soportar el dolor me veo obligado a sufrirlo hasta que mi muerte natural llegue”), considero que este argumento podría tener sentido, pero también más como un complemento a alguno de los ya analizados, como es el caso de la dignidad humana, pues por sí sólo lo considero insuficiente.

– “La muerte no es algo malo, de modo que adelantarla tampoco lo es”. Considero que esta tesis no tiene la fuerza suficiente como para argumentar a favor de la disponibilidad de la propia vida. Lo “bueno” o “malo” dentro de la vida o una sociedad, son conceptos que además de indeterminados, dependen mucho del subjetivismo de quien lo defiende y, tratar de sostener razonablemente una postura partiendo del subjetivismo del sujeto que la propone resulta demasiado complicado, por lo que este argumento debe desecharse.

– “No reconocer el derecho a la muerte digna implica aceptar tácitamente la existencia de un paternalismo jurídico”. Este argumento considero que en cierta medida puede ser razonable, pues en la mayoría de los casos y, en esencia, la prohibición de las prácticas eutanásicas únicamente obedece a un paternalismo jurídico extremo. Y es que no debe olvidarse que según dicha figura “... *siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida...*”¹⁰⁷.

Sin embargo, muchas prohibiciones del Estado podrían también ser catalogadas como paternalismo jurídico, pero en realidad obedecen a un deber de protección por parte del mismo, como por ejemplo en el caso de la prohibición de venta de medicamentos sin prescripción o sin la debida regulación, más que obedecer a un paternalismo jurídico se debe a la protección de un interés superior como el bien común de la sociedad en general. Por lo anterior, considero que este argumento por sí solo, es demasiado vago para sostener una tesis que defienda el derecho a la muerte digna.

¹⁰⁷ Vid. GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, Revista Doxa, año 1988, N° 5, p. 156.

Capítulo IV

4. Conceptos básicos y relación con la eutanasia

4.1 Origen del término y relación con otros vocablos

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término eutanasia proviene del latín científico “*eutanasia*”, y este del griego εὐθανασία o “*euthanasía*”, el cual está compuesto de dos voces: “*eu*”, que significa “bueno” o “bien”; y “*thanatos*”, que se traduce en “muerte”, es decir, la eutanasia significa “buena muerte” o “muerte dulce”¹⁰⁸; o bien, como indica Sandoval Valdés es el “*Acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, con el objeto de poner fin a sus sufrimientos*”¹⁰⁹.

En ese sentido, la eutanasia es un acto que causa directamente la muerte, a fin de acabar con el sufrimiento de los enfermos incurables o crónicos; por lo que, una característica de la eutanasia, es provocar una muerte rápida, fácil y sin dolores a un paciente que está próximo a morir por causa de una enfermedad terminal. Maciá Gómez nos indica, que para que la eutanasia sea considerada como tal, inevitablemente deben existir dos elementos importantes: a) el enfermo ha de padecer, necesariamente, una enfermedad terminal o incurable, y b) el personal sanitario ha de contar expresamente con el consentimiento del enfermo para practicarla¹¹⁰.

Sin embargo, debido a la enorme similitud que existe entre la eutanasia y otras prácticas, que por su naturaleza (poner fin a una vida humana) pueden llegar a confundirse como son: eugenesia, ortotanasia, homicidio piadoso, asistencia al suicidio, etc., es pertinente, previo a analizar los elementos que la componen, destacar los distintos conceptos que existen en torno al tema.

a. Eugenesia. Proviene del griego “*eu*” (bueno) y “*guénos*” (origen), y significa “buen nacer” o “nacer bien”. Castro Moreno nos indica, que Francis Galton propuso el término “eugenesia” (eugenics) en 1883, en su libro “*Inquiries into Human Faculty*”, para designar la ciencia que permitiría modificar (mejorar) los rasgos hereditarios o innatos de la especie humana, y también de aquellas que las desarrollan hasta su máximo provecho¹¹¹. En la eugenesia no hay voluntad de morir por parte de la víctima, su práctica busca eliminar los “eslabones débiles” dentro de la sociedad.

b. Distanasia. Proviene del griego “*dis*” (mal o algo mal hecho) es, etimológicamente, lo contrario de la eutanasia. Consiste según Gamarra en “*retrasar la muerte todo lo posible, por todos los medios disponibles, aunque no haya esperanza alguna de curación, y eso signifique infligir al moribundo unos sufrimientos añadidos a los que ya padece, y que, obviamente, no lograrán*

¹⁰⁸ Vid. Real Academia Española; Diccionario de la Lengua Española; vigésima primera edición; editorial Espasa Calpe, S.A.; Madrid, 1992.

¹⁰⁹ Vid. SANDOVAL VALDÉS, T., “*Eutanasia*”, *Revistas UNAM*, año 2001, N° 48, p. 71.

¹¹⁰ Vid. MACIÁ GÓMEZ, R., “*Eutanasia: Concepto legal*”, p. 2 en <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z14.pdf>

¹¹¹ Vid. CASTRO MORENO, J., “*Eugenesia, genética y bioética. Conexiones históricas y vínculos actuales*”, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 30, enero 2014, p. 68.

*esquivar la muerte inevitable, sino sólo aplazarla unas horas o unos días en unas condiciones lamentables para el enfermo*¹¹².

Álvaro Valbuena, citando a Pessini, nos indica que es la *“acción, intervención o procedimiento médico que no corresponde al objetivo de beneficiar a la persona cuando está en fase terminal, y que prolonga, en forma inútil y con sufrimiento, el proceso de morir, promoviendo la postergación de la muerte”*¹¹³. Consiste, entonces, en prolongar la vida hasta lo máximo posible mediante técnicas artificiosas, la intencionalidad se asienta en querer prolongar la vida humana con la utilización de todos los medios médicos-quirúrgicos posibles. Se parte de la obligación del médico de conservar la vida humana hasta el máximo de sus posibilidades y de la ciencia¹¹⁴.

La distanasia, debido al fin que persigue es denominada, frecuentemente, como *“ensañamiento y encarnizamiento terapéutico”*, pues no toma en consideración el sufrimiento del paciente al borde de la muerte, es por ello *“... sinónimo de tratamiento fútil o inútil, sin beneficios para la persona en su fase terminal. Es el proceso por el cual se prolonga solamente el proceso de morir, y no la vida propiamente dicha, teniendo como consecuencia una muerte prolongada, lenta y, con frecuencia, acompañada de sufrimiento, dolor y agonía. Cuando se invierte en curar, delante de un caso incurable, se trata de una agresión a la dignidad de esa persona...”*¹¹⁵.

c. Adistanasia o antidistanasia. Es un término relativamente nuevo, e implica la cesación de la prolongación de la vida biológica del paciente, permitiendo que la enfermedad termine con esta. Implica permitir morir a un paciente desahuciado o en estado vegetativo irreversible, sin prolongarle artificialmente la vida. Es el equivalente a la ortotanasia, con la única salvedad que el paciente no es quien toma la decisión de finalizar su vida.

d. Mistanasia. Proviene de “mys” (mala) y “tanatos” (muerte) y, al igual que la adistanasia, es un neologismo en la bioética. Según Schmidt *“corresponde a un tipo de homicidio por omisión, contrario a la distanasia, donde por insuficiente atención a aspectos fundamentales de la atención sanitaria de un paciente moribundo (habiendo recursos) no cumple con los procedimientos establecidos para dichas instancias finales de la enfermedad”*¹¹⁶.

¹¹² Vid. GAMARRA, M., *“La asistencia al final de la vida: La ortotanasia, horizonte médico”*, Vol. 11, núm. 1, junio, 2011, Universidad de San Martín de Porres, La Molina, Perú, p. 41.

¹¹³ VALBUENA, A., Óp. Cit. p. 147.

¹¹⁴ Vid. ARROYO CASTRO, L., *“Aspectos Jurídicos en Torno a la Eutanasia”*, Revista jurídica de seguridad social, p. 99.

¹¹⁵ Vid. BIONDO C., et al *“Distanasia, eutanasia y ortotanasia: percepciones de los enfermeros de unidades de terapias intensiva e implicaciones en la asistencia”*, Revista Latino-Am. Enfermagem [online]. 2009, vol.17, n.5, p.614.

¹¹⁶ Vid. SCHMIDT L., *“¿Vida digna o muerte digna? Concepciones actuales”*, Revista bioethikos-centro universitario São Camilo, 2013, p. 169.

El término mistanasia fue sugerido para denominar la muerte miserable y anticipada por medios inadecuados e imprudentes. Se distinguen tres situaciones: (a) el volumen de enfermos a atender, (b) los escasos o carentes recursos médico-sanitarios, por deficiencias políticas, sociales y económicas, y (c) los pacientes que mueren víctimas de mala praxis de los profesionales de salud¹¹⁷.

e. Anacrotanasia. De igual manera constituye un neologismo y supone según Ignacio Maglio, la muerte anticipada de jóvenes pobres: adolescentes con sepsis generalizadas, provocadas por abortos clandestinos, por no practicárseles la atención médica necesaria debido a intoxicaciones por alcohol o drogas¹¹⁸.

f. Cacotanasia. Es un tipo de mistanasia, y consiste en acelerar deliberadamente la muerte de un enfermo sin que medie expresa voluntad por su parte. Equivale a eutanasia involuntaria con intencionalidad de darle muerte. Muerte muy penosa, ya que se muere con dolores por especialistas o prácticas terapéuticas muy enérgicas¹¹⁹.

g. Criptotanasia. Es también un tipo de mistanasia o de homicidio, por constituir una realización encubierta, clandestina, de prácticas de eutanasia, tanto a petición de los pacientes como sin ella¹²⁰.

h. Ortotanasia. Consiste en todas las medidas encaminadas a mejorar la calidad de vida de los enfermos a quienes se pronostica la muerte a corto plazo; se evita el encarnizamiento terapéutico al retirar todas las medidas desproporcionadas que en nada benefician al enfermo; se continúa con las medidas proporcionadas que disminuyen o suprimen el dolor y otras molestias; se procura que el paciente esté cómodo, movilizándolo, alimentándolo, realizando el aseo y las curaciones que sean necesarias; se administran sedantes y analgésicos con la frecuencia y a la dosis que se requiera, pero lo más importante es la comunicación y el diálogo del enfermo con su médico, sus familiares, amigos y, en su caso, con el ministro de su religión, quienes proporcionan apoyo psíquico, moral y espiritual. A diferencia de otras prácticas que ayudan “a morir”, la ortotanasia ayuda “en el morir”¹²¹.

Es importante destacar que, desde el punto de vista de la bioética, la ortotanasia no enfrenta reparos, pues siguiendo a Gamarra, respeta “el momento natural” de la muerte de cada hombre y sus circunstancias concretas, sin querer adelantarlo para no incidir en la eutanasia reprobable, ni tampoco prolongar artificialmente la vida con medios improporcionados para caer en el extremo, en distanasia. Es morir humana y correctamente, sin llegar a la mistanasia o a la distanasia, o bien sin recurrir a la eutanasia.

¹¹⁷ Ídem. p. 170.

¹¹⁸ Vid. MAGLIO, I., “El derecho a decidir en el final de la vida morir con dignidad y testamento vital, sociedad argentina de medicina antropológica”, Revista semestral, 2007, número 2, p. 31.

¹¹⁹ SCHMIDT, L., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 170.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ GAMARRA, M., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 45.

Maciá Gómez nos indica que “se alcanza siempre rechazando el empleo de medios desproporcionados para el mantenimiento de la vida. Consiste en dejar que la muerte llegue en enfermedades incurables y terminales, tratándolas con los máximos tratamientos paliativos para evitar sufrimientos que siempre, recurriendo a medidas razonables. Se distingue de la eutanasia en que la ortotanasia nunca pretende deliberadamente la muerte del paciente”¹²².

i. Suicidio asistido. Según Loreto Navarro, el suicidio asistido comprende dos elementos importantes de distinguir: (1) la acción de darse muerte a sí mismo, realizada por una persona que padece una enfermedad incurable, y que desea acabar con su propio sufrimiento; (2) la ayuda de un tercero que le proporciona los medios necesarios para ejecutar su acción. Cuando el tercero es un médico se denomina suicidio médicamente asistido; en caso contrario, se denominará suicidio asistido propiamente tal¹²³. Así pues, es una acción mediante la cual se proveen de los insumos necesarios a una persona para que termine de forma deliberada con su vida, por tal razón, el suicidio asistido puede ser considerado como una manifestación o una variedad de la eutanasia activa.

4.2. Clasificación de la eutanasia

Existen diversas clasificaciones sobre los diferentes tipos de eutanasia, no existiendo unanimidad al respecto, pues dependerá de criterios como la intención de causar o no la muerte, el modo de proceder, el consentimiento del paciente, etc., lo que determina la misma. Sin embargo, considero que el aporte de Silva Alarcón¹²⁴ es el más adecuado para los efectos de este ensayo, así:

1. Eutanasia natural: aquella en que la muerte se produce naturalmente sin que intervenga la conducta humana.

a) Según la voluntad del sujeto:

a.1) Eutanasia provocada voluntaria: la decisión la toma el paciente directamente o terceras personas obedeciendo los deseos que este ha expresado con anterioridad.

a.2) Eutanasia provocada no voluntaria: la decisión la toma un tercero sin que existan posibilidades de conocer la determinación del enfermo debido a que éste no tiene la capacidad para elegir.

a.3) Eutanasia provocada involuntaria: la decisión la toma un tercero sin pedir el consentimiento de un pariente capaz de expresar su elección o en contra de su voluntad.

¹²² MACIÁ GÓMEZ, Ibíd. Óp. Cit. p. 3.

¹²³ Vid. NAVARRO, L., “La eutanasia y el suicidio asistido ¿Derechos o libertades?”, Ponencia en jornadas chilenas de filosofía del Derecho p. 7.

¹²⁴ Vid. SILVA ALARCÓN, D. “La eutanasia aspectos doctrinarios aspectos legales”, Cuadernos de estudio, Centro de estudios biojurídicos, p. 4.

b) Según el autor:

b.1) Eutanasia provocada autónoma: aquí la propia persona se provoca la muerte sin intervención de terceras personas.

b.2) Eutanasia provocada heterónoma: en la provocación de la muerte participan otra u otras personas.

c) Según la actitud que se tome frente al curso vital:

c.1) Eutanasia provocada solutiva: consiste en el auxilio a morir mitigando el sufrimiento, suministrando calmantes que no incidan en la duración de ese proceso.

El concepto de eutanasia solutiva involucra todas las conductas tanto autónomas como heterónomas que tiendan a aliviar el sufrimiento tanto físico como natural y espiritual del enfermo terminal. También incluye los tratamientos médicos convencionales, con exclusión de los experimentales y extraordinarios que implican intervenciones que conllevan a encarnizamiento terapéutico.

c.2) Eutanasia provocada resolutive: incide en la duración del proceso hacia la muerte, sea reduciéndolo o suprimiéndolo en interés del paciente.

d) Eutanasia provocada heterónoma resolutive: es provocada por otra u otras personas distintas del enfermo que inciden en el curso vital. Se divide en:

d.1) Activa: la provocación de la muerte se obtiene mediante hechos positivos dirigidos a acortar o suprimir el curso vital.

d.2) Pasiva: es la inhibición de actuar o el abandono en el tratamiento iniciado evitando intervenir en el proceso hacia la muerte.

d.3) Directa: la muerte se produce directamente, *v. gr.* la aplicación de una dosis mortal de alguna sustancia.

d.4) Indirecta: la muerte se obtiene indirectamente mediante la utilización de un analgésico que tenga efectos colaterales y comprometa alguna función vital, *v.gr.* la utilización de morfina en los enfermos de cáncer produce el efecto colateral de disminuir la conciencia y reduce la vida; sin embargo, se utiliza para calmar el dolor.

En estos casos, se aplica el argumento del “doble efecto” que consiste en que la aplicación de un tratamiento o el suministro de un medicamento puede tener dos efectos en el caso de los enfermos terminales: Por un lado, puede evitar un mayor sufrimiento para la persona y por otro, acortar la vida de la misma. Lo importante de esta concepción es la intención con que se suministra el tratamiento o el medicamento. También se aplica esta teoría a los casos en que se omite aplicar un tratamiento determinado debido a que éste no contribuirá a aliviar el dolor de la persona ni mejorar su salud, sino al contrario, puede ser causa de mayor sufrimiento para ella.

2. La eutanasia según la motivación del autor:

- a) Eutanasia piadosa: tiene por objeto evitar el sufrimiento de un enfermo terminal principalmente cuando es pedida por éste.
- b) Eutanasia eugenésica: persigue al mejoramiento de la raza humana.
- c) Eutanasia económica: busca eliminar a las personas cuyas vidas se consideren inútiles el costoso de mantenerlas con vida.

Respecto a las dos últimas formas de eutanasia (La eutanasia eugenésica y la económica) Silva Alarcón nos indica que según el profesor Luis Fernando Niño, no corresponden propiamente a eutanasia, sino que se trataría de homicidios calificados que se encubren bajo una forma de eutanasia. Además, no todos los autores coinciden en considerar la eutanasia eugenésica y económica como formas de eutanasia propiamente tales ya que delimitan el concepto de eutanasia sólo a las situaciones en que los valores que se encuentran en conflicto, de forma excluyente son la vida humana con la dignidad y la libertad.

También hay discrepancias en cuanto a los sujetos pasivos de la eutanasia Algunos incluyen además de los enfermos terminales y los ancianos que padezcan dolores incurables, a los enfermos mentales y a los niños recién nacidos con malformaciones. En opinión del profesor Luis Fernando Niño en los dos últimos casos no cabe hablar de eutanasia y, para explicar este punto, da como ejemplo los casos de niños con síndrome de Down, quienes, a pesar de su enfermedad, pueden desarrollar su vida sin un compromiso de muerte previsible y en el caso de los recién nacidos sólo podrán quedar dentro del concepto de eutanasia cuando, no existan posibilidades de que el niño pueda sobrevivir como es el caso de un daño encefálico irreparable.

Otra clasificación igual de útil para los efectos de este ensayo, es la propuesta por Arroyo Castro¹²⁵, quien sostiene que la eutanasia puede clasificarse de la siguiente manera:

1.- Eutanasia positiva: se provoca la muerte mediante la intervención quirúrgica, de ordinario administrando un fármaco. Aquí el agente, de manera directa y positiva, actúa sobre la persona enferma provocándole la muerte.

2.- Eutanasia negativa: el agente deja de hacer algo que permite proseguir con la vida del paciente. Consiste en la omisión de los medios ordinarios para mantener la vida del enfermo.

3.- Eutanasia solutiva: se refiere a conductas autónomas o heterónomas que tiendan a aliviar el dolor, mediante el suministro de analgésicos o anestésicos, que no abrevien el curso vital, proveyendo al enfermo adecuadas condiciones de higiene, nutrición y abrigo, confortándolo mediante la compañía, el diálogo y el silencio, según las necesidades, y posibilitándole la asunción personal de morir en una discreta soledad, cuando ésa fuera su voluntad.

¹²⁵ ARROYO CASTRO, L., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 99.

4.- Eutanasia activa: se provoca la muerte mediante una acción, inyección letal, suministro de fármacos.

5.- Eutanasia pasiva: implica omisión, mediante la interrupción del tratamiento necesario, lo que provoca la muerte.

6.- Eutanasia directa: es cuando en la intención del agente existe el deseo de provocar directamente la muerte del enfermo.

7.- Eutanasia indirecta: consiste en la muerte no querida en su intención, que sobreviene a causa de los efectos secundarios del tratamiento paliativo del dolor.

8.- Eutanasia voluntaria: es la que solicita el paciente de palabra o por escrito.

9.- Eutanasia involuntaria: es la que se aplica a los pacientes sin su consentimiento. Procede por decisión del propio agente sanitario o por la familia.

10.- Eutanasia terminal: procede en los supuestos de enfermos terminales, estado vegetativo, persistente y, neonatos, que se hallen en situaciones similares.

11.- Eutanasia paliativa: implica enfermos de muerte y personas incapacitadas para valerse por sí mismas por afección incurable y permanente, en estos supuestos los tratamientos aplicados, dirigidos a mitigar el dolor, producen un adelantamiento del momento de la muerte.

Para efectos de este ensayo, interesa únicamente la eutanasia provocada voluntaria o eutanasia positiva, aunque de igual manera, para efectos ilustrativos, se hará alusión también a términos como Suicidio Asistido, Eutanasia Negativa, entre otros.

Capítulo V

Propuesta de solución

Hasta el momento, hemos visto que la muerte digna no posee reconocimiento constitucional expreso como sucede con otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la libertad, entre otros. Hemos verificado, además, que el aludido derecho tampoco cuenta con un reconocimiento jurisprudencial, pues no ha sido derivado por nuestro Tribunal Constitucional en las distintas sentencias emitidas hasta la fecha, lo cual no es impedimento para que el mismo pueda ser catalogado como tal. De igual manera, se han analizado las distintas teorías de derechos subjetivos que pueden servir de base para argumentar que la muerte digna puede ser catalogada como un derecho autónomo, concluyendo que las teorías de Luigi Ferrajoli y de Robert Alexy son las más adecuadas para lograr tal cometido.

Asimismo, se ha concluido que la muerte digna posee propiedades materiales para catalogarla como un verdadero derecho fundamental, principalmente en lo relativo a garantizar las libertades de las personas, así como el mínimo vital para una vida digna; sin embargo, ello no ocurre con las propiedades formales, pues como se ha recalcado, el derecho en cuestión no ha sido reconocido como tal. En ese sentido, se colige que frente a la ausencia de un reconocimiento expreso en la Constitución y ante a la falta de derivación jurisprudencial, únicamente existen dos posibles soluciones a dicha problemática: a) una reforma constitucional conforme al procedimiento establecido en el art. 248 Cn; o b) realizar la derivación del mismo de otro derecho fundamental. De dichas opciones, nos hemos inclinado por la segunda.

De igual manera, hemos analizado las distintas concepciones del derecho a la vida y concluimos que, para un sector de la doctrina, dentro del derecho a la vida se encuentra también la facultad de su titular de disponer de ella. Posteriormente, hicimos un estudio sobre los distintos argumentos en contra de la muerte digna y analizamos que, en definitiva, la gran mayoría de ellos se reducen a prejuicios derivados de cuestiones meramente religiosas o morales sin una base científica que les sustente. A su vez, analizamos los distintos argumentos a favor de la muerte digna, de los cuales particularmente la tesis de la autonomía de los individuos junto con el argumento de la dignidad humana, que a su vez puede ser reforzado con el argumento del encarnizamiento terapéutico, son totalmente válidos para sostener de manera razonable la afirmación que existe un verdadero derecho fundamental de las personas a tener una muerte digna.

Finalmente, estudiamos los distintos vocablos y conceptos que guardan relación con el tema en estudio, así como las diferentes prácticas que pueden existir en torno a la muerte digna, como la eugenesia, ortotanasia, homicidio piadoso, asistencia al suicidio, etc., y concluimos, que para efectos de este ensayo nos enfocáramos únicamente en lo relativo a la eutanasia voluntaria, en la cual el paciente o titular de la vida decide de forma libre y directa finalizar con esta.

Así, en este capítulo realizaré la derivación del derecho a la muerte digna sobre la base de la doctrina, como de la jurisprudencia nacional acotada y se determinarán los alcances que conlleva dicha derivación. Además, haré un análisis de la legislación y jurisprudencia comparada en el tema, así como el estudio del mecanismo idóneo para la tutela del derecho en cuestión. Sin embargo, previo a todo ello considero pertinente hacer alusión a un tema que, desde mi perspectiva es sumamente importante y además es la base para que un Estado finalmente reconozca en su ordenamiento jurídico a la muerte digna como un derecho fundamental y es determinar, si en realidad toda la problemática que gira en torno a este tema se trata de un problema jurídico o un problema de ética pública.

5. El derecho a la muerte digna ¿un problema jurídico o un problema de ética pública?

A lo largo de este ensayo, hemos analizado las distintas teorías de derechos subjetivos, así como la doctrina con mayor aceptación sobre derechos fundamentales. De igual manera, se ha hecho un estudio sobre las diversas concepciones jurisprudenciales en el tema, pero cabe la posibilidad de plantearse la siguiente interrogante ¿el reconocimiento del derecho fundamental a la muerte digna, es en realidad un problema estrictamente jurídico o más bien un problema de ética pública por parte del Estado? Desde un punto de vista simplista, la respuesta resulta en demasía evidente: catalogar al derecho en estudio como tal, necesariamente debe pasar por una solución jurídica que, como hemos visto hasta el cansancio, se contrae a una reforma a la constitución o a su derivación por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el problema radica desde mi punto de vista, en cómo llegar a esa evidente solución jurídica, pues su recorrido pasa irremediamente por un debate ético-moral, particularmente de ética pública. Y es que, como indica Dworkin “... *parte de la discusión pública se centra sobre preguntas difíciles e importantes, de carácter administrativo (...) muchas de ellas conciernen a cuestiones morales y éticas, y parte del debate se ha visto afectado seriamente por dos equívocos (...) El primero es la confusión acerca del tipo de intereses que la gente tiene respecto de cuándo y cómo morir (...) El segundo equívoco surge de una captación equivocada de una idea (...): la idea de la santidad de la vida*”¹²⁶.

En ese sentido y para sustentar mi postura, considero pertinente como punto de partida, hacer alusión a lo que se entiende como ética pública. Diego Bautista nos indica que, cuando se habla de ética pública, no es que se trate de una “ética especial” para los asuntos de gobierno y administración pública, se refiere sencillamente a la ética aplicada y puesta en práctica en el ámbito

¹²⁶ DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, p. 283.

público¹²⁷. Ahora bien, cuando se hace alusión a este tema, también puede referirse a la ética aplicada a los servidores públicos (gobernantes y funcionarios) en el ejercicio del cargo y cuyo principal objetivo es el combate a los actos de corrupción; sin embargo, no es la rama que nos interesa en este ensayo.

Cuando digo que el reconocimiento del derecho a la muerte digna antes de ser un problema jurídico pasa por un dilema de ética pública, me refiero al conjunto de valores del Estado desde la teoría política. Dichos valores juegan un papel preponderante al momento de determinar las políticas públicas, los cuales tal y como hemos visto, tienen su base en la dignidad humana. Peces-Barba nos indica que la dignidad “... es la raíz de esa moralidad, [que] no se agota en los derechos humanos ni tampoco en las virtudes públicas (...) porque sería aceptar una visión exclusivamente subjetivista y vinculada al individuo...”; y, si esto es así, el poder sólo sería frenado y limitado desde fuera, pero no introduciría en su interior dimensiones de moralidad “ni por supuesto tampoco las transmitiría al Derecho objetivo”¹²⁸.

Para el aludido jurista, “... hay un prius: los valores, que recogen el núcleo de la moralidad de la modernidad y que se incorpora al Estado social y democrático de Derecho, como moralidad política y con su impulso se convierten en valores jurídicos...”. Lo anterior, está incorporado en las constituciones y se maneja en el pensamiento moral –así como en el Derecho– con la idea de “valores constitucionales” que, como es sabido, constituyen “... la moralidad del poder y del Derecho en este paradigma político y jurídico de la modernidad: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica...”¹²⁹.

Partiendo de lo anterior, Peces-Barba concluye que una moralidad pública que no sea asumida por el poder y realizada desde un ordenamiento jurídico para facilitar la moralidad privada que cada individuo quiera asumir, será abstracta y no se podrá consumir con el solo esfuerzo de cada uno. La moralidad, como indica el aludido jurista “... necesita un apoyo social, que solo le puede proporcionar una cierta concepción del poder y del Derecho, (...) llamad[a] moralidad pública. A su vez una realidad del Derecho y la política que no tome en cuenta una dimensión moral, es decir, que no acepte que es necesaria una determinada concepción de lo público y de lo jurídico, para que el hombre pueda desarrollar su condición humana, será una realidad pragmática, basada en la razón de Estado, o incluso a veces en la pasión de Estado, con estrategias de fuerza y de sumisión...”¹³⁰.

Lo anterior puede ser reforzado con lo sostenido por Ansuátegui Roig, para quien es evidente que en nuestras sociedades la posibilidad de llevar a cabo actuaciones eutanásicas en determinadas situaciones “... se plantea como un

¹²⁷ Vid. BAUTISTA, O., “Ética y política: valores para un buen gobierno”, UNAM, p. 3.

¹²⁸ Vid. PECES-BARBA, G., “Ética pública y Derecho”, Discurso de recepción del académico de número, Sesión de 19 de abril de 1993, Madrid, p. 21.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Ídem. p. 15.

*auténtico problema moral que necesita una respuesta por parte del sistema jurídico. Desde el momento en que existe la posibilidad real de llevar a cabo conductas eutanásicas, y desde el momento en que hay sujetos que reclaman que, encontrándose en determinadas circunstancias, se les apliquen determinadas actuaciones, o que les sean aplicadas en el caso de que lleguen a encontrarse en el futuro en esas circunstancias, parece que el Ordenamiento jurídico tiene un problema frente a sí que de alguna manera debe afrontar...*¹³¹.

Parece claro entonces que, tal y como acoté anteriormente, si bien es cierto la respuesta al reconocimiento de nuevos derechos debe ser dada por el sistema jurídico de cada país, dicha solución necesariamente tiene que pasar previamente por una discusión ético-moral e, incluso, política. Así pues, del catálogo de argumentos tanto a favor como en contra y que han sido analizados a lo largo de este ensayo, puede destacarse que muchos se reducen a aspectos meramente éticos o morales, más que a motivos de peso para oponerse al reconocimiento de la muerte digna. Es aquí cuando entra en conflicto la ética pública y la ética privada al tratar temas como el estudiado, en donde la primera tiene ventaja al tener la característica de la “formalidad”, que no es más que el reconocimiento legal de la misma y que se pone en práctica al momento de crear normas de derecho objetivo o al instaurar políticas públicas.

Ahora bien, para Ansuátegui Roig lo que permite la aceptabilidad de una propuesta de ética pública es precisamente su carácter formal y por lo tanto su compatibilidad con las diferentes opciones de ética privada. La dimensión formal y esa garantía de compatibilidad “... *derivan del hecho de que el contenido de la ética pública está constituido por un mínimo moral común aceptable desde los diferentes planteamientos particulares...*”¹³². Sin embargo, lo anterior presenta un problema pues, desde el momento en que la cuestión se plantea en una perspectiva moral –como un dilema– la solución jurídica que ofrezca el Derecho no necesariamente va a coincidir con determinadas propuestas de ética privada.

El aludido autor nos indica que, precisamente los rasgos anteriores “... *son predicables de determinados planteamientos que concurren en la arena de la discusión sobre la eutanasia. Conviene ser conscientes de que en esta cuestión existen planteamientos –no sólo– religiosos muy fuertes (con una gran difusión social) que desarrollan argumentos directamente opuestos a cualquier observación sobre la licitud moral de las conductas eutanásicas...*”¹³³. El principal problema radica entonces, en determinar qué entrará o no a formar parte del ordenamiento jurídico mediante lo aprobado por la ética pública.

Lo anterior, será definido irremediamente por la “universalidad” o “debilidad” de los argumentos y razones que se utilicen en la discusión sobre qué

¹³¹ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F., *Eutanasia y autonomía individual, bioética y religión*, Editorial Dykinson, Madrid 2007, p. 146.

¹³² *Ibíd.* Óp. Cit. p. 148.

¹³³ *Ídem* pág. 149.

debe ser incorporado o no al ordenamiento jurídico, en donde prevalecerán las razones que sean irrefutables¹³⁴. Así, el éxito o no de los argumentos a favor dependerá en definitiva del tipo de sociedad en que se centre el debate, pues lógicamente si se trata de una sociedad liberal dotada de un amplio pluralismo ético, mostrará mucha más apertura a la incorporación de nuevas políticas públicas por parte del Estado, garantizando las libertades y la autonomía de las personas que la conforman. Sin embargo, si se trata de una sociedad conservadora, la ética y la moral serán tendientes a la homogeneidad marcadas por un pensamiento con menos apertura a nuevas tendencias y, por lo tanto, se apelará más al paternalismo jurídico, tal y como ocurre con el derecho en estudio.

Es por ello que, en temas como la eutanasia, aborto, matrimonio igualitario, etc., siempre está presente de manera palpable un alto contenido ético-moral definido obviamente por el tipo de sociedad de turno y, como consecuencia, los argumentos dirigidos a oponerse al reconocimiento de derechos dentro de esas figuras son en su mayoría religiosos o meramente morales. Sin embargo, considero importante destacar que, a mi parecer, el problema de la ética pública tiene mayor incidencia cuando se trata de la elaboración de leyes o, en casos como el analizado, de reformas a la constitución, pues es en el ámbito donde puede ejercer mayor presión la sociedad –conservadora o medianamente liberal– para oponerse al reconocimiento de determinados derechos o figuras jurídicas, mediante distintos mecanismos: manifestaciones, comunicados y, actualmente mediante el uso de redes sociales, lo cual es menos posible que suceda en el reconocimiento jurisprudencial que hace el Tribunal Constitucional, el cual por ser un ente independiente e imparcial que, además es el encargado de tutelar los derechos fundamentales de las personas sin distinción de raza, clase social o pensamiento religioso, tiene mayor libertad de actuación.

Considero pertinente finalizar este punto, haciendo alusión a lo sostenido por Ansuátegui Roig quien considera que *“... el que en un sistema jurídico y político se plantee la discusión en torno a la aceptabilidad de determinadas actuaciones eutanásicas es precisamente signo de que ese sistema ha interiorizado los valores que entran en conflicto en esa discusión. Estaríamos por tanto frente a una cierta moralización del Derecho –constituida por la anterior interiorización– a partir de la cual se genera esa contradicción entre valores y principios...”*¹³⁵.

Habiendo concluido que, el reconocimiento del derecho a la muerte digna antes que ser un problema jurídico supone un conflicto de ética pública por parte de los Estados, corresponde ahora dar solución al conflicto eminentemente jurídico que, para el caso en estudio implica realizar la derivación del derecho.

5.1 Derivación del derecho a la muerte digna

¹³⁴ Ídem pág. 147.

¹³⁵ Ibíd. Op. Cit. p. 153.

Antes de entrar al tema de este apartado, considero pertinente aclarar que, por no ser el tema central de este ensayo evitaré hacer alusión a la estéril discusión sobre si los jueces, más concretamente los jueces constitucionales, “crean derechos” o si simplemente los “explicitan”, al ser irrelevante; por lo que, me enfocaré de forma concreta en la derivación como tal, a partir de la figura de los derechos implícitos.

Sin embargo, frente a la derivación de derechos existe la objeción que, la ausencia de una legislación que regule aspectos esenciales del derecho fundamental puede vulnerar la seguridad jurídica. Así pues, considero oportuno aclarar que, en definitiva, la mejor forma de reconocer un derecho es legislándolo, pues con ello se cumple con el principio de legalidad, el cual según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional “...debe ser entendido como la sujeción y el respeto por parte de las autoridades públicas no sólo a la normativa secundaria sino al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable. ...”¹³⁶. De igual manera, la limitación o restricción de un derecho para el aludido Tribunal “... supone siempre una regulación, aunque de un grado diferente, [e] implica necesariamente la modificación de su objeto o sujetos –elementos esenciales del derecho fundamental–, de forma que implica una obstaculización o impedimento en el ejercicio efectivo del mismo, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional y sin alterar su núcleo esencial, tal como dispone el inc. 1° del art. 246 Cn...”¹³⁷, ello debido a que dicha labor limitativa es necesaria.

No obstante, como aclara dicha Sala, esa limitación requiere de normas “materiales y procesales”, pues a través de ellas se logra la protección de bienes jurídicos de “igual o, tal vez, mayor jerarquía”. La importancia de todo ello, radica en que al concretar esos límites se contribuye, en parte, “a concretar cierto contenido esencial de los derechos fundamentales” y, en que, además “aunque se pudiera considerar que un derecho fundamental es absoluto e ilimitado, no se concluye la imposibilidad absoluta de injerencias o limitaciones; sin embargo, estas serían inconstitucionales si vulneran el núcleo del mismo”¹³⁸.

De tal manera, no debe perderse de vista la necesidad de regular de forma clara algunos aspectos indispensables en torno a la tutela de la muerte digna, como la edad mínima que debe tener la persona interesada en finalizar su vida, el consentimiento –libre, pleno y meditado–, la exigencia de un dictamen médico que avale la condición física o psíquica de la persona, etc. Por todo ello, es preferible que exista una regulación legal a partir del contenido de los derechos a la vida y a la autonomía –dignidad y libertad, tal y como hemos analizado–. Sin embargo,

¹³⁶ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 29 de octubre de 2008, Referencia 259-2006 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹³⁷ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 27 de marzo de 2001, Referencia 22-97 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹³⁸ Ídem.

ante la ausencia de dicha legislación, deben buscarse mecanismos alternos, que es el objeto de este ensayo de investigación.

Volviendo al punto de la derivación, para Laporta San Miguel, la noción de derechos implícitos tiene muchas formulaciones y, aunque unas son más aceptables que otras, todas ellas parten de la misma idea: al lado de las reglas y principios que las fuentes identifican como pertenecientes al ordenamiento hay otras reglas en estado latente que se pueden inferir de aquellas y ser aplicadas a un caso para el que las reglas visibles o explícitas no parecen dar solución¹³⁹.

En ilación con lo anterior, Castillo-Córdova nos indica que derechos explícitos: “... son aquellos derechos expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, como por ejemplo puede ser una ley...” mientras que los implícitos “... son aquellos derechos no expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, sino que se incluye en ella sin que ésta lo manifieste (...) Dando un paso más se tiene que derechos constitucionales explícitos serán aquellos derechos expresados clara y determinadamente en el texto de la Constitución; mientras que los derechos constitucionales implícitos, serán aquellos que se incluyen en la Constitución sin que ésta lo exprese clara y determinadamente...”¹⁴⁰.

Así pues, para el aludido autor los derechos constitucionales explícitos no necesitan de carga argumentativa para reconocerlos como tales, precisamente porque han sido establecidos expresamente en esa categoría por el constituyente y, consecuentemente, carecería de sentido tener que justificar su existencia. Ahora bien, habrá casos en que aún y tratándose de derechos explícitos se precisará de una interpretación del Tribunal Constitucional para dotar de contenido a determinados derechos y, fijar así, sus límites internos y externos, como ocurre por ejemplo con el derecho a la propiedad en El Salvador –v.gr. amparo 142-2015–¹⁴¹. Sin embargo, es precisamente su carácter de expresos lo que permite que se allane el camino para su reconocimiento y aplicación efectiva. No ocurre lo mismo, respecto de los derechos constitucionales implícitos, los cuales por no estar clara y determinadamente expresados en la Constitución requieren de una especial argumentación para justificar su reconocimiento como derechos constitucionales¹⁴².

Entonces para Castillo-Córdova, puede definirse a los derechos constitucionales implícitos como el conjunto de derechos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a las personas “... alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer

¹³⁹ Vid. LAPORTA SAN MIGUEL, F., “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, número 6, año 2002, p. 139.

¹⁴⁰ Vid. CASTILLO-CÓRDOVA, L., “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, Repositorio institucional PIRHUA, Universidad de Pirua, Lima, 2008, p. 6.

¹⁴¹ Pronunciada con fecha 6 de abril de 2016 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁴² CASTILLO-CÓRDOVA, L., Ídem.

*necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente...*¹⁴³. Por ello, los derechos implícitos tienen como finalidad que, aún y cuando se carece de una solución explícita a un determinado problema, exista una salida que permita acudir al sistema jurídico establecido y colegir una regla que no se encontraba claramente establecida en él.

Partiendo de lo anterior, Laporta San Miguel nos indica que existen reglas que habilitan los derechos implícitos¹⁴⁴, así:

a. Reglas implicadas formalmente en otras explícitas. Se trata de aquellas reglas que son consecuencias deductivas de otras ya establecidas, inferidas lógicamente a partir de sus operadores deónticos y sus términos lógicos. Un ejemplo de estas son las obtenidas de los argumentos a contrario.

b. Reglas implicadas conceptualmente en otras. Son aquellas derivables a partir de términos no lógicos, es decir, a partir de las variables de los enunciados jurídicos las cuales pueden ser términos del lenguaje natural o conceptos más técnicos.

c. Reglas producto de enunciados interpretativos. Implica, pasar de su formulación lingüística original a otra que pretende “captar y expresar” mejor lo que la primera intenta comunicar. Interpretar es entonces, sustituir una formulación de la regla por otra.

d. Reglas que cumplen el propósito de otras normas explícitas. Aquí, cumplir la regla es el medio para satisfacer el propósito y, esto es así, porque se parte de la presunción que para el legislador “si los destinatarios se atienen a la regla entonces el propósito subyacente a ella tenderá a cumplirse”. En otras palabras, si la regla es eficaz, entonces su fin tiende a cumplirse.

e. Reglas que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores. Según estas, la formulación de normas de principios y juicios de valor tanto en los documentos constitucionales como en la legislación ordinaria, constituye una fuente indudable de derecho implícito.

f. La jurisprudencia como origen de derechos implícitos. Implica sin más, la existencia de todo un depósito de derecho implícito en el cuerpo de las resoluciones judiciales. Así pues, siempre que hay una decisión sobre un caso sobrevuela en ella alguna presuposición implícita de un enunciado jurídico general del que se extrae la norma particular del caso.

De lo anterior, considero que las reglas producto de enunciados interpretativos, junto con las que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores, aunadas a la jurisprudencia como origen de derechos

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ LAPORTA SAN MIGUEL, Ibíd. Óp. Cit. pp. 140 y sigs.

implícitos, son las útiles e idóneas para realizar la derivación del derecho a la muerte digna en el presente ensayo, con especial énfasis en esta última, pues como sostiene Diego Valadés “... *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. En algunos casos la legislación ha precedido la acción de los tribunales, pero ha sido más frecuente que los cambios sustanciales hayan procedido de decisiones jurisdiccionales...*”¹⁴⁵. Sin embargo, el punto de partida es determinar cuál es o cuales son los derechos fundamentales con mayor relación al tema en estudio que, a mi juicio, se contrae en primer lugar, a una manifestación del derecho a la vida y, en segundo lugar, de la autonomía del individuo.

En el primero de los casos, porque no debe perderse de vista en ningún momento que, como la vida misma, la muerte es un hecho biológico que el ser humano está obligado a enfrentar tarde o temprano y, lo hace aún más vulnerable, por su incapacidad para controlar por completo el momento justo de ello. Sin embargo, lo que sí puede controlarse en todo caso, pues existe una posibilidad de decisión, es qué se hará frente una muerte anunciada con antelación¹⁴⁶. De igual manera, por paradójico que parezca, una obra sobre la eutanasia en realidad consiste en un debate sobre la vida¹⁴⁷. En el segundo de los casos, es decir, como manifestación de la autonomía del individuo, porque la finalización de la propia vida irremediamente pasa por el consentimiento de su titular, pues “... *hablar de consentimiento informado en el ámbito biomédico 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 la protección...*”¹⁴⁸.

5.2 La muerte digna como manifestación del derecho a la vida

La muerte digna es sin duda alguna un concepto amplio que, dependiendo de la legislación de cada país, puede ser un derecho que se reconoce tanto a quienes se encuentran padeciendo una enfermedad terminal avanzada con graves dolores, como a quienes se encuentran en un estado en el que consideran que la vida simplemente no merece ser vivida, pues determinadas condiciones hacen que continuar con ella más que ser un privilegio es causa de “indignidad”, como puede suceder con alguien que se encuentra en un estado de tetraplejía. Lo complejo del tema en estudio entonces, además de la enorme cantidad de argumentos en contra que, como hemos analizado, en su mayoría se reducen a aspectos meramente religiosos o morales, radica también en que la discusión no sólo se plantea en situaciones de enfermedades terminales y/o degenerativas,

¹⁴⁵ VALADÉS D., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 91

¹⁴⁶ Vid. OLMOS PÉREZ, A., “*El consentimiento informado al final de la vida: las voluntades anticipadas*”, Instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, número 805, p. 154.

¹⁴⁷ Vid. VALADÉS, D., “*Debate sobre la vida, eutanasia, aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*”, Instituto de investigaciones jurídicas, serie estudios jurídicos, número 22, p. XI.

¹⁴⁸ OLMOS PÉREZ, A., *Ibíd.* Óp. Cit. p. 157.

sino también en aquellas en donde no existen posibilidades de llevar a cabo una vida normal.

Con relación a lo último, determinar cuándo una vida merece la pena ser vivida dependerá en muchos casos de la percepción del individuo que solicita la finalización de la misma. Al respecto, Ansuátegui Roig sostiene que “... es evidente que en este punto la cuestión de qué es o deja de ser una vida normal, y de quién decide lo que es normal o no, salta al centro de la discusión...”¹⁴⁹. Para el aludido autor, la “terminalidad” entendida como una condición de la identificación de las conductas eutanásicas, es un concepto confuso que, en todo caso, permite diversas comprensiones, lo que contribuye a dificultar el debate¹⁵⁰. Personalmente no comulgo con esa última apreciación, pues considero que establecer cuándo una enfermedad es terminal o no, tiene su base –al menos en la grandísima mayoría de los casos– en un dictamen médico-científico, lo cual facilita mucho las cosas cuando una persona apela a una condición como esa para pedir la eutanasia, contrario a lo que sucede al considerar que una vida “no merece la pena ser vivida”, porque las condiciones en que se encuentra el individuo la vuelven indigna.

Ahora bien, en lo que respecta a la dignidad o indignidad de la vida, Ansuátegui Roig sostiene que “... para que la vida sea un bien no es suficiente estar vivo (...) parece de necesaria concurrencia determinados patrones de normalidad que en última instancia podrían ser observados desde una perspectiva cualitativa. Es evidente que la perspectiva cualitativa nos sitúa frente a la cuestión de la identificación del sujeto cuyo juicio debe valer en última instancia a la hora de decidir la cualidad o no de unas condiciones de existencia...”¹⁵¹. Partiendo de lo anterior, el aludido jurista concluye que la gama de situaciones en las que podría encajar el derecho a la muerte digna, no serían exclusivamente aquellas identificadas con una situación terminal “médica”, sino también cualquiera que pudiese identificarse con el componente de la “irreversibilidad”.

Parece claro entonces que, el factor determinante para afirmar que la muerte digna es una manifestación del derecho a la vida –aunque en principio parezca contradictorio– es precisamente, que el paciente se encuentre en un estado de daño irreversible de tal magnitud que vuelva “invivable” la vida misma, a un punto de no permitir a una persona desarrollarse con plenitud y normalidad, el cual puede ser ocasionado ya sea por una enfermedad degenerativa o, incluso, por algo meramente circunstancial, como un accidente que lo deje en un estado vegetativo o de tetraplejia que prácticamente le convierta en un ser incapaz de valerse por sí mismo.

Para sustentar mi punto, considero pertinente traer a colación el concepto aportado por Gascón Abellán y retomado por Ansuátegui Roig, sobre qué debe

¹⁴⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F., Óp. Cit. p. 154.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ídem.

entenderse por “indignidad irreversible” y, que puede ser¹⁵²: 1) aquellas situaciones en las que existe un riesgo considerable de una muerte próxima del paciente que puede estar sufriendo fuertes dolores. Un ejemplo claro de ello, es el típico caso de una enfermedad terminal incurable que, irremediablemente, desenlazará en la muerte del paciente; 2) situaciones en las que la muerte no constituye un peligro inmediato, pero el individuo tiene una existencia dramática que puede estar acompañada de dolores, pérdida de sentidos o facultades, entre otros.

A manera de ejemplo, pueden citarse casos de personas que sufren enfermedades degenerativas, como la esclerosis múltiple, la cual si bien es cierto no posee un alto índice de mortandad, su progresión hace que quien la padece poco a poco sea reducido a un estado deplorable. Otro ejemplo puede ser una persona que, por causas externas a su voluntad, ha quedado en un estado de tetraplejia, como el famoso caso de Ramón Sampredo Cameán, el español que a los 25 años de edad y, producto de un accidente, se golpeó fuertemente la cabeza mientras se bañaba en las playas de As Furnas en Galicia, situación que le dejó tetrapléjico y, consecuentemente, postrado en una cama durante 29 años hasta que finalmente logró su muerte mediante el suicidio con la ayuda, presuntamente, de sus allegados. Cabe subrayar que Sampredo fue un acérrimo activista de la muerte digna durante la mitad de su vida, llegando a solicitar en repetidas ocasiones a la justicia española que le permitiesen la eutanasia, la cual siempre le fue denegada, y; 3) situaciones en las que, si bien no existe ni peligro inminente de muerte, ni tampoco padecimiento por dolores, se ha producido una pérdida irreversible de consciencia y al enfermo se le mantiene con vida mediante el empleo de técnicas de mantenimiento vital. Aquí pueden citarse a manera de ejemplo, a aquellas personas que debido a algún accidente o por causas externas a su voluntad quedan en estado vegetativo.

Así pues, serán las circunstancias en que se encuentre cada individuo en particular, lo que servirá de base para argumentar que una vida no merece la pena ser vivida por encontrarse en una situación de “indignidad irreversible”. Sin embargo, resulta evidente que el principal problema radica en el alto contenido de subjetivismo en el concepto en estudio, pues se trata de un típico concepto indeterminado; por lo que, será la labor interpretativa de los tribunales encargados de aplicar la legislación correspondiente, en caso que exista como en Holanda, o bien, de los Tribunales Constitucionales en donde se tutele mediante otras figuras como el amparo, que se encargará de fijar los límites y condiciones de su procedencia.

Y es que, la gama de posibilidades sobre qué debe considerarse como “indignidad irreversible” puede ser, o concreta y clara, o bien, llegar a límites casi inimaginables, como sucedió en 2015 en Países Bajos, cuando se autorizó practicar la eutanasia –mediante la figura del suicidio asistido– a una joven de veinte años por motivos psicológicos. En ese caso, la paciente argumentó ser

¹⁵² Ibíd. Óp. Cit. p. 155

“incapaz de recuperarse” del estrés post-traumático y graves problemas mentales provocados por diversos abusos sexuales sufridos desde su niñez y que duraron diez años. La justicia neerlandesa, determinó que la joven era incapaz de recuperarse de diversos problemas como anorexia, depresión crónica, alucinaciones, tendencia al suicidio y diversas compulsiones, a pesar de llevar años en tratamiento psicológico. Parece claro, entonces, que este es un tema destinado a estar en constante discusión.

5.3 La muerte digna como manifestación de la autonomía del individuo

Como corolario de lo anterior, considero que la muerte digna también es derivable de la autonomía de las personas, ya que, la decisión de finalizar con la propia existencia, es el resultado de una manifestación de voluntad libre, plena y meditada que, en definitiva, forma parte del plan de vida del individuo que así lo ha decidido. Ahora bien, esa autonomía no implica únicamente la expresión del consentimiento, pues este por sí solo puede resultar insuficiente para determinar la finalización de la vida, ya que, como hemos analizado, el mismo puede ser brindado por el paciente en momentos de desesperación o dolor, cuyo origen es más un deseo espontáneo que una decisión debidamente meditada. Por ello, Ansuátegui Roig citando a Nino, sostiene que *“... si a ese consentimiento se le agrega un deseo, la privación de la vida puede estar justificada como forma suprema del ejercicio de la autonomía de la persona. (...) Por eso es que es necesaria la combinación de los dos elementos: el deseo que hace que la muerte implique el ejercicio de su autonomía y el consentimiento que asegura que cualquier error sobre la interpretación de ese deseo sea asumido por la persona en cuestión...”*¹⁵³.

En este punto y, en íntima relación con lo analizado en el párrafo anterior, juegan un papel preponderante la libertad y, sobre todo, la dignidad humana como parte del sistema de valores dentro de un Estado constitucional de Derecho. Ambas figuras son la base para que los individuos dentro de una sociedad se desarrollen plenamente trazándose planes de vida, es decir, para que se garantice el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Del Moral Ferrer nos indica al respecto, que *“... el carácter de derecho fundamental se otorga al libre desarrollo de la personalidad porque se estima clave para organizar la sociedad personalista que se busca configurar en la Constitución, las pretensiones y expectativas que forman parte de su objeto, las cuales parten de considerar a la personas libres y autónomas para elegir su forma de vida en cuanto no interfiera con la autonomía de las demás, respetándose así los derechos del hombre como individualidad, pero también como parte de un colectivo social...”*¹⁵⁴. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-097/94¹⁵⁵ determinó sobre el tema que, la condición de derecho fundamental de la libertad en materia de opciones

¹⁵³ ANSUÁTEGUI ROIG, Ibíd. Óp. Cit. p. 158.

¹⁵⁴ Vid. DEL MORAL FERRER, A., “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, Cuestiones jurídicas, Vol. VI, N° 2 julio - diciembre 2012, p. 65.

¹⁵⁵ Pronunciada con fecha 7 de marzo 1994 (Colombia, Corte Constitucional de Colombia).

vitales y creencias individuales, radica en el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social.

No obstante parezca claro que la muerte digna también es una manifestación del derecho fundamental de la autonomía del individuo y, más concretamente del libre desarrollo de la personalidad, también resulta evidente que dicho argumento tiene sus falencias, las cuales podrán ser solventadas o no, dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular. Así pues, el principal problema ocurrirá en casos en los que exista una pérdida de conciencia absoluta del paciente como, por ejemplo, una persona que se encuentre en un estado vegetativo, en donde no existirá un consentimiento pleno para solicitar la finalización de la vida. En dichos supuestos, la solución más viable será siempre un documento de voluntades anticipadas, como un testamento vital en donde conste cuál sería el deseo del paciente en un caso hipotético.

Sin embargo, las complicaciones irremediablemente llegarían cuando no exista un documento de esa naturaleza, o bien, como el caso de un neonato que presente graves afecciones físicas o psíquicas y sea incapaz de expresar ese consentimiento pleno. Mas, deseo recalcar que mi tesis va encaminada para aquellos casos en que exista un consentimiento libre, pleno y bien informado por parte del individuo, por lo que evitaré profundizar en el tema.

Considero importante, además, hacer alusión a la distinción que hace James Rachels sobre “estar vivo” y “tener una vida”. Ansuátegui Roig nos explica al respecto que, frente a una concepción absolutista de la vida, es posible contra-argumentar dicha postura desde un punto de vista cualitativo que permite distinguir entre la vida como una “realidad biológica” y la vida como una “realidad biográfica”. Lo anterior es porque existen y existirán casos en que, por diversas circunstancias, la vida de ciertos individuos es únicamente una “existencia biológica”, es decir, sólo desde un punto de vista meramente científico, pues hay presencia de signos vitales o incluso de ciertas facultades motoras o psíquicas, pero, sin tener todas aquellas posibilidades que le permitan a dicha persona construirse a sí mismo, o más bien dicho, de ir escribiendo su propia biografía vital¹⁵⁶.

La primera objeción al anterior postulado es, sin duda alguna, la problemática de poder identificar con exactitud qué facultades deben estar presentes en la vida de los individuos para considerar que es lo suficientemente “libre y autónomo” para redactar su propia biografía, pues como indiqué anteriormente, dichos conceptos insoslayablemente están cargados de un alto contenido de subjetivismo y, por ello, es que cobra especial importancia la dignidad humana, pues dicho valor será el punto de partida para poder determinar –o al menos fijar un parámetro más o menos certero– sobre qué tipo de vida es digna de ser vivida.

¹⁵⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, Óp. Cit. p. 163

Peces-Barba nos brinda un importante aporte para tener un panorama un poco más claro, sobre por qué la dignidad humana juega un papel tan importante al momento de decidir si se finaliza una vida que no merece la pena ser vivida. El jurista español parte de la idea que dicho concepto: *“... es la especial consideración que merece el hombre a partir del reconocimiento en él de varios rasgos que constituyen la expresión de esa dignidad, y que están en la encrucijada de todos los razonamientos modernos en el ámbito de la filosofía jurídica, moral y política. Así, el hombre es un ser capaz de elegir entre diversas opciones, de razonar y de construir conceptos generales, de comunicarse con sus semejantes, con los que forma una comunidad dialógica, y de decidir sobre sus planes de vida para alcanzar la plenitud y la autonomía moral. Cuando se habla, pues, de dignidad del hombre, se están considerando esos signos que le distinguen de los demás animales, como ser de opciones, de razones, de diálogo y de fines...”*¹⁵⁷.

En todo caso, no debe perderse de vista que, cuando se trata de conductas eutanásicas, no se habla de vida versus libertad (voluntad) de un individuo frente a otro, sino de la voluntad de un individuo que desea finalizar con su propia vida. Bajo Fernández hace una importante reflexión al respecto al considerar que *“... ciertamente la vida es un bien de mayor valor que la libertad. Pero esto ocurre cuando contemplamos la vida de uno y la libertad de otro. Cuando, por el contrario, nos referimos a la misma persona, la valoración requiere considerar la opinión del sujeto, como parámetro calificativo, de donde se deduce que el respeto a la libertad de la persona se coloca por encima de cualquier otra consideración, incluso de su propia vida...”*¹⁵⁸

La clave final a este debate, entonces, es no perder de vista que lo sagrado de la vida más que tener un valor por sí misma –que lo tiene y por eso debe ser protegida por el Estado–, radica en el valor que tiene para su titular. Si la vida es valiosa para quien la posee, conservarla o no dependerá en definitiva de esa persona, quien en última instancia será el único interesado en que no se vulnere, así como también será el único en determinar si vale la pena o no seguir viviéndola, sea en las circunstancias que sea. Y esto es así, porque en una sociedad heterogénea siempre habrá casos, como el ocurrido en Holanda por motivos psicológicos, en los que un individuo considerará que su existencia es deplorable y, continuar con ella, es más pernicioso que finalizarla, decisión que probablemente para la mayoría de la sociedad sea reprochable. De igual manera, existirán casos en los que la colectividad consideraría en términos generales, que no merece la pena vivir una vida en determinadas situaciones como padecer una enfermedad degenerativa, pero habrá individuos como el Dr. Stephen Hawking que tendrán una concepción distinta de qué implica “valer la pena” vivir una vida

¹⁵⁷ Vid. PECES-BARBA, G., *“La libertad del hombre y el genoma, derechos y libertades”*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas DyL n. 02 año I, 1993-1994, p. 319.

¹⁵⁸ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *La disponibilidad de la propia vida, homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, año 2005, Editorial Civitas, p. 1136.

como esa y, por ello, la autonomía individual cobra un protagonismo capital en este tema.

5.4 Implicaciones del reconocimiento de la muerte digna como derecho fundamental

Con el eventual reconocimiento de la muerte digna como derecho fundamental en El Salvador, irremediablemente se producirían determinadas consecuencias jurídicas, ya que este puede ser considerado tanto como derecho “negativo”, como derecho “positivo”. Negativo por la exigencia moral de no sufrir limitaciones de la libertad contra la propia voluntad o intervenciones no deseadas. Positivo porque existe autonomía al momento de elegir el plan de vida, incluidas las decisiones al final de aquella.

De igual manera, su tutela implicaría¹⁵⁹ como mínimo: 1) el derecho de la persona a rechazar toda decisión ajena que lleve a una muerte no deseada; 2) derecho a morir en condiciones de tranquilidad y serenidad, de acuerdo con los requerimientos de la propia conciencia; 3) el derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico; 4) derecho a rechazar cualquier tratamiento médico, aunque ese rechazo conlleve a la muerte; 5) el derecho a expresar anticipadamente la voluntad sobre las condiciones del proceso de muerte, de hallarse en determinadas circunstancias; 6) derecho a recibir tratamientos paliativos del dolor y, finalmente; 7) el derecho a determinar el momento de la propia muerte.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas más relevantes serían la afectación de dos figuras delictivas en particular: el homicidio piadoso y la inducción o ayuda al suicidio. Deseo aclarar que, por no ser el tema central de mi ensayo, evitaré profundizar en cuestiones dogmáticas y teóricas de derecho penal, ya que probablemente conllevarían a extender estérilmente una discusión que no tiene mayor incidencia en lo que en realidad importa, que es, el reconocimiento de la muerte digna como derecho fundamental.

5.5 El delito de homicidio piadoso, art. 130 del Código Penal salvadoreño

“El homicidio causado por móviles de piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos, será sancionado con prisión de uno a cinco años siempre que concurren los requisitos siguientes:

1) Que la víctima se encontrare en un estado de desesperación por sufrimientos observables, que fueren conocidos públicamente y que la opinión de los médicos que la asistan así lo hubiere manifestado;

2) Que el sujeto activo estuviere ligado por algún vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo; y,

¹⁵⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, Óp. Cit. p. 171

3) *Que el sujeto pasivo demostrare su deseo de morir por manifestaciones externas de ruegos reiterados y expresos*".

El bien jurídico protegido, al igual que en el delito de homicidio simple, es la vida, con la única diferencia que, en este caso, es su titular quien desea perderla. El verbo rector es "matar", es decir, se configura al ponerle fin a la vida del sujeto pasivo, por lo que cabe la interrogante de qué pasaría si, aún con el consentimiento de la víctima, el resultado no llegase a producirse, o por el contrario, únicamente deja lesiones en este.

El sujeto activo, puede ser cualquier persona que tenga conocimiento sobre la condición del enfermo o sujeto pasivo; por lo tanto, no se trata de un delito especial para su comisión, siendo la única condición para su configuración, que el deseo de matar se dé en circunstancias de realizar un acto de piedad por parte de quien lo realiza. Sin embargo, si bien es cierto el tipo penal no requiere una condición "especial" del sujeto activo, como por ejemplo ser un funcionario público, si se establecen ciertos "requisitos" como estar ligado por algún vínculo familiar, de amistad "intima" o bien, de tener alguna relación sentimental con el sujeto pasivo. De igual manera, no debe perderse de vista que en casos como los que rodean al tema en estudio, la decisión puede ser acordada por varias personas, como familiares, amigos o un incluso un médico que recomiende la finalización de la vida.

El sujeto pasivo, por su parte, puede ser cualquier persona que se encuentre frente a una "muerte inminente" o sufra "graves padecimientos" y, que los mismos, le lleven a un "estado de desesperación". Prima facie, puede advertirse un vacío en la figura delictiva en estudio, pues no se determina que el estado de desesperación sea exclusivamente por alguna enfermedad terminal o por un padecimiento eminentemente físico, por lo que incluso podría caber la posibilidad que una persona decida finalizar con su vida por padecimientos psicológicos, tal y como sucedió en Holanda. De igual manera, nótese que el legislador salvadoreño exige un estado de "desesperación" por sufrimientos "observables", que estos sean conocidos "públicamente" y que la opinión de los médicos así lo hubiese manifestado.

En definitiva, muchas valoraciones podrían hacerse respecto de esta figura delictiva, así como de los requisitos establecidos para su tipificación, como el hecho que, en apariencia, pareciera que se tratase de algún tipo de excluyente de responsabilidad para quien comete el homicidio piadoso o, incluso, para la aplicación de la eutanasia –consentimiento del paciente, graves padecimientos, entre otros.

Sin embargo, la realidad es distinta, ya que el legislador ha dispuesto que, aún y tratándose de motivos de "piedad" o "altruistas" que buscan aliviar el sufrimiento de una persona que, encontrándose en un estado deplorable solicita la finalización de su vida, la conducta catalogada como reprochable debe ser castigada con pena de prisión de uno a cinco años. Resulta además evidente que,

en caso de no cumplirse con esos requisitos el tipo penal aplicable sería el de homicidio simple del art. 128 o, incluso, de homicidio agravado del art. 129 ambos del Código Penal, en caso que, quien aplique la muerte fuese un ascendiente o descendiente del sujeto pasivo.

Otro vacío que deja la figura en comento, es que sería atípico (al menos respecto del art. 130 del Código Penal) un hecho en donde el sujeto pasivo se encuentre en un estado vegetativo, es decir, clínicamente “muerto” pero su “vida” es prolongada artificialmente. Finalmente, cabe aclarar que el delito de homicidio piadoso puede ser cometido tanto por acción como por omisión.

Con el reconocimiento de la muerte digna como un derecho fundamental, la principal incidencia en el delito en comento sería irremediamente la afectación de ciertos elementos del tipo penal. Para sostener mi punto haré alusión a las diversas teorías en la doctrina mayoritaria. Vivanco Martínez¹⁶⁰ nos indica que son las siguientes:

a) El consentimiento como exclusión de la tipicidad. Según esta teoría todos los elementos propios de la antijuridicidad deben ser contenidos en el tipo, razón por la cual, su exclusión conseguiría transformar la conducta en atípica, una vez medie el consentimiento de la víctima. La aludida autora nos indica que el principal defensor de esta teoría es Claus Roxin, quien considera que la razón fundamental por la cual el consentimiento de la víctima hace desaparecer la tipicidad radica en que el verdadero bien jurídico que protegen los tipos penales no consiste en “la integralidad de los objetos” sino en el “dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden”. Según esta teoría la aceptación de la víctima respecto al daño a su vida, como forma de disposición de ella, justificaría la atenuación de la pena o la desaparición misma del tipo: el matar a otro se transforma, automáticamente, en matar a otro en contra de su voluntad.

b) El consentimiento como exclusión de la antijuridicidad. Para esta teoría, el consentimiento de la víctima opera como la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos, por lo que, el paciente concedería al autor un derecho revocable a realizar la acción típica, la cual estaría desprovista de antijuridicidad, en razón que el ejercicio de un derecho no podría ser contrario al ordenamiento jurídico. La base de esta tesis, es que no puede existir interés válido del ordenamiento jurídico, en orden a defender bienes cuyo propio titular ha renunciado o declinado.

c) El consentimiento como exclusión de la antijuridicidad y de la tipicidad. Según esta corriente, la voluntad de la víctima tiene dos posibles efectos, dependiendo la forma en que se manifieste:

¹⁶⁰ Vid. VIVANCO MARTÍNEZ, A. *La disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno*, Tesis doctoral, Departamento de derecho público especial Universidad de Coruña, año 2013, pp. 175-181.

i. “Conformidad” como elemento excluyente de la tipicidad. Opera excluyendo la consumación típica del delito, siempre y cuando el tipo penal presuponga expresamente o conforme a su naturaleza, que el autor actúa contra o sin la voluntad efectiva del lesionado, por lo que contar con dicha voluntad priva al acto de un componente sustancial de su tipicidad, que sería vencer la voluntad de la víctima, actuar contraviniéndola.

ii. “Consentimiento” como elemento excluyente de la antijuridicidad. Aquí el consentimiento elimina del acto el disvalor que le acompaña, razón por la cual se exige que la víctima tenga la capacidad de consentir, conociendo de manera clara los componentes que podrían significar la reprochabilidad jurídica de la conducta: el consentimiento siempre operaría excluyendo la lesión del bien jurídico individual en cuestión, incluso si se trata de la propia vida, la cual constituye el bien jurídico “indisponible” por excelencia.

De las anteriores teorías, considero que la más adecuada en torno a la muerte digna y en relación directa con la figura delictiva en comento, es la que determina que una vez la víctima preste su consentimiento de forma plena, libre y debidamente meditada –junto con el resto de elementos hartamente analizados a lo largo de este ensayo– el hecho se vuelve atípico, ya que el verbo rector “matar” únicamente sería relevante cuando sea en contra de la voluntad de la víctima.

5.6 El delito de inducción o ayuda al suicidio, art. 131 del Código Penal salvadoreño

“El que indujere a otro al suicidio o le prestare ayuda para cometerlo, si ocurriere la muerte, será sancionado con prisión de dos a cinco años”.

Al igual que en el delito de homicidio piadoso, el bien jurídico protegido es la vida y, de la misma manera, es su titular quien desea perderla. El verbo rector en este caso no es matar, sino inducir o prestar ayuda a una persona que quiere quitarse la vida. El primer vacío en esta figura, radica en que el legislador no determinó qué tipo de ayuda debe prestarse para que se configure el delito, si es una ayuda necesaria e idónea y sin la cual el resultado muerte no podría producirse, o bien es cualquier tipo de ayuda. Similar situación ocurre con la inducción, pues no se determina qué deberá entenderse por inducir, término que, además de ser un concepto indeterminado, a nivel probatorio resulta complicado poder vincular que el sujeto activo haya sido determinante para lograr que la víctima alcanzara el resultado muerte, pues tendría que existir –como mínimo– un dictamen pericial que revelase algún padecimiento psicológico en el sujeto pasivo que provocara alguna inclinación al suicidio.

Otra contrariedad evidente en la figura en comento, es el hecho que el suicidio en si no es punible por carecer de sentido imponer una pena a una persona que ha finalizado su vida. Lo mismo sucede con un suicidio que no llega a consumarse por tratarse de una conducta autorreferente. Sin embargo, el

legislador si ha dispuesto sancionar a quien presta su ayuda a aquel que decide quitarse la vida mediante esta práctica; por lo que, una vez más se hace evidente el alto contenido moral que hay detrás de estas conductas punibles, las cuales más que tipificarse como reprochables por parte del legislador para proteger un bien jurídico que ya no se desea poseer, como es la vida, se hace por cuestiones meramente morales.

El sujeto activo, al igual que en el homicidio piadoso puede ser cualquier persona que decide prestar su ayuda para que el sujeto pasivo finalice con su vida. Asimismo, adquiere esta calidad quien indujere a la víctima a alcanzar dicho fin. El sujeto pasivo por su parte, puede ser cualquier persona que toma la determinación de acabar con su vida, siempre y cuando concurra la ayuda de quien ostenta la calidad de sujeto activo.

En el caso de esta figura delictiva, lo complejo deviene en dos sentidos: a) no se requiere que el sujeto pasivo esté en determinadas circunstancias, como padecer alguna enfermedad terminal o incurable, o bien, sufriendo graves padecimientos; y b) no se exige el requisito del consentimiento previo por parte de la víctima, como si ocurre en el homicidio piadoso. En ese sentido, el delito en estudio se tendrá por configurado con sólo prestar ayuda o inducir a una persona a quitarse la vida, sin importar la condición en que se encuentre. Así pues, legalmente en la inducción o ayuda al suicidio no existe un móvil de piedad por parte del sujeto activo, tampoco se exige un padecimiento que cause graves dolencias, ni mucho menos un estado de desesperación por sufrimientos observables o una opinión médica que corrobore dicha situación.

Ahora bien, considero que, en el caso de esta figura delictiva, el reconocimiento de la muerte digna como un derecho fundamental debe generar incidencias distintas a las del homicidio piadoso, pues únicamente afectaría a ciertos elementos del tipo penal en lo relativo a la ayuda al suicidio, mas no a la inducción. Lo anterior, es en virtud que, no obstante el tipo penal es sumamente vago al tipificar el verbo rector, así como es omiso de establecer ciertas condiciones del sujeto pasivo, como sufrir graves afecciones y un estado de desesperación, respecto de la ayuda al suicidio puede inferirse un sentimiento de piedad en quien presta esa colaboración. De igual manera, existe la posibilidad que la víctima solicite expresamente ayuda para suicidarse, o bien, incluso podría colegirse un consentimiento tácito, el cual se hace patente desde el momento en que solicita la colaboración de un tercero para finalizar con su vida.

Sin embargo, lo anterior no ocurre con la inducción al suicidio, pues no es posible deducir que efectivamente el sujeto pasivo decidiese de forma libre, meditada y expresa consentir para la finalización de su vida, elemento indispensable para la procedencia de conductas eutanásicas. Por lo que, desde mi perspectiva, al reconocerse la muerte digna como un derecho fundamental, en el delito en estudio únicamente se vería afectado lo relativo a la ayuda al suicidio, verbo rector que, al igual que en el homicidio piadoso y sobre la base de la teoría analizada en este, se tornaría atípico por existir un consentimiento –expreso o

tácito— por parte del titular de la vida para finalizarla, reforzado además por un móvil de piedad del sujeto activo, contrario a lo que sucedería con la inducción al suicidio, en donde existen más elementos para argumentar que el móvil obedece más a razones egoístas por parte de quien realiza dicha conducta, además de existir una ausencia total de consentimiento por parte del sujeto pasivo.

5.7 La tutela del derecho fundamental mediante la figura del amparo

El amparo según nuestro Tribunal Constitucional es “... un proceso diseñado para brindar una protección reforzada de los derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que su promoción exige la existencia de un agravio de trascendencia constitucional. Dicho agravio se configura por la concurrencia de dos elementos: el material y el jurídico, siendo el primero, cualquier daño, lesión o afectación definitiva que la persona sufra en su esfera jurídica; mientras que el segundo exige que el daño sea causado mediante la violación de derechos constitucionales u otras categorías jurídicas protegibles...”¹⁶¹. Así pues, el amparo es un proceso mediante el cual se tutelan los derechos fundamentales a las personas dentro de un Estado Constitucional de Derecho; por lo que en definitiva y, a falta de una reforma constitucional sobre el tema o de una legislación secundaria que regule el mismo, este sería un mecanismo idóneo para garantizar a las personas el derecho a la muerte digna.

Ahora bien, existen distintos tipos de amparo, los cuales desde mi punto de vista podrían indistintamente ser utilizados como mecanismo de protección por la persona que desee tutelar el derecho en estudio, y son: a) amparo; b) amparo contra ley, que a su vez se divide en i) amparo contra ley autoaplicativa, y ii) amparo contra ley heteroaplicativa; y c) amparo contra particulares.

Sobre los amparos contra ley, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que “... en sentido amplio, constituye un instrumento procesal mediante el cual se atacan actos jurídicos concretos o normativos, emanados de los órganos del Estado, con el fin de que se ordene su desaplicación con efectos particulares, por vulnerar, restringir o amenazar los derechos constitucionales consagrados a favor de los ciudadanos. Según sus particularidades este tipo de amparo puede dirigirse en contra de leyes autoaplicativas y heteroaplicativas, siendo las primeras aquellas que no precisan de ningún acto posterior de ejecución o aplicación para producir sus efectos jurídicos, y las segundas, las que requieren un acto de aplicación posterior, por parte de una autoridad, para su operatividad...”¹⁶²

En cuanto a los amparos contra particulares, el aludido Tribunal ha indicado que “... procede contra los actos de autoridad material realizados por aquellos que no están investidos de un cargo público o no ejercen ninguna autoridad o poder de

¹⁶¹ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 1 de septiembre de 2006, Referencia 222-2001 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁶² Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 8 de agosto de 2016, Referencia 252-2015 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

carácter formal, pero están en una relación de suprasubordinación y, por ello, poseen la capacidad de vulnerar derechos fundamentales (...) desde un punto de vista material, los particulares también pueden producir actos limitativos sobre los derechos constitucionales de las personas como si se tratase de autoridades en sentido formal. En efecto, si bien existen casos en que la decisión de un particular escapa del concepto tradicional de acto de autoridad –esto es, el emitido por personas físicas o jurídicas que forman parte de los órganos del Estado o que realizan actos por delegación de alguno de estos y frente a las cuales el sujeto se encuentra en una relación de subordinación–, en aquellos puede ocurrir una limitación definitiva y unilateral de derechos fundamentales...”¹⁶³.

Acotado lo anterior, desde mi punto de vista es irrelevante el tipo de amparo que el interesado elija para tutelar el derecho fundamental en cuestión, porque bien lo haga mediante un amparo contra ley (autoaplicativa o heteroaplicativa) con la finalidad de atacar la inconstitucionalidad de los arts. 130 y 131 CP –a la luz de lo que hemos visto–, o bien, a través de un amparo contra particulares en donde se coloque en el extremo pasivo de su pretensión al médico que se niegue a darle los mecanismos necesarios para tener una muerte digna, lo importante es que la decisión final sea tomada por la Sala de lo Constitucional, para así, mediante la labor interpretativa de dicho tribunal, éste proceda a realizar la derivación del derecho fundamental a la muerte digna, además de dotar del contenido el mismo y, posteriormente, mediante el elemento objetivo del amparo permitir su tutela para todas las personas.

Otra alternativa, es interponer una demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 130 y 131 CP para lograr su expulsión del ordenamiento jurídico, proceso que en nuestro país, tal y como indica nuestro Tribunal Constitucional “... *dada su configuración legal como control abstracto de constitucionalidad de las normas, no exige como fundamento de la pretensión la existencia de hechos concretos que afecten la esfera jurídica del pretensor, por lo que la causa o título de la pretensión en esta clase de procesos radica en los motivos de inconstitucionalidad que alega el demandante; y que, en términos filosóficos, constituyen el título ontológico de la pretensión...*”¹⁶⁴. Sin embargo, deseo aclarar que, si bien es cierto, este mecanismo también podría ser idóneo para lograr el fin último que persigue, como es reconocer a la muerte digna como un derecho fundamental, lo cual perfectamente puede ser conseguido mediante la figura de la inconstitucionalidad, existe una limitante, y es, que según nuestra legislación es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la misma, que quien plantee la demanda debe ser ciudadano salvadoreño.

Por ello, ya la Sala de lo Constitucional ha sostenido que “... *[e]l artículo 183 de nuestra Constitución, preceptúa que la Corte Suprema de Justicia, por*

¹⁶³ Sentencia de Amparo pronunciada con fecha 29 de mayo de 2017, Referencia 148-2015 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

¹⁶⁴ Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada con fecha 23 de julio de 1999, Referencia 6-95 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

medio de la Sala de lo Constitucional es el único Tribunal competente para declararla inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano de solicitar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos (...) el sujeto de derecho, capaz de ejercitar la acción de la inconstitucionalidad, es el ciudadano calidad que corresponde jurídicamente a la persona natural. Por otra parte, según lo establecido por el artículo 71 de la Constitución 'son ciudadanos todos los salvadoreños mayores de dieciocho años'...¹⁶⁵. En ese sentido, ésta alternativa si bien es cierto lograría el mismo fin, sería una solución parcial al problema, pues limitaría a aquellas personas que sin ser ciudadanos salvadoreños, deseen tutelar su derecho fundamental a la muerte digna, quienes en todo caso tendrían que aferrarse a la esperanza que una persona que cumpla los requisitos establecidos en nuestro ordenamiento plantee una demanda mediante este mecanismo, lo cual no sucede con el amparo, ya que indistintamente puede ser interpuesto por cualquier persona.

5.8 Derecho comparado

A lo largo de este ensayo, se han hecho breves alusiones a las concepciones del derecho a la muerte digna en distintas legislaciones del mundo, como el caso de Holanda, Suiza, Estados Unidos, etc. Sin embargo, en este apartado se realizará un estudio comparativo de manera detallada de las distintas legislaciones, tanto las que reconocen el derecho en estudio como las que están totalmente en contra mediante una legislación que, de manera directa o indirecta lo prohíben, como es el caso de El Salvador.

Cuadro comparativo

5.9 Países en los que la eutanasia es legal

(Para efectos de practicidad se hará alusión únicamente a los requisitos más importantes)

| Países Bajos | Bélgica | Luxemburgo |
|--|--|---|
| Legislación: Ley 26691 conocida también como Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio. | Legislación: Ley Relativa a la Eutanasia. Ley Relativa a los Cuidados Paliativos | Legislación: Ley Sobre la Eutanasia y la Asistencia al Suicidio. |

¹⁶⁵ Resolución de improcedencia en el proceso de Inconstitucionalidad, pronunciada con fecha 13 de diciembre de 1994, Referencia 5-94 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

| | | |
|---|---|---|
| <p>Algunos requisitos:</p> <p>a) Convencimiento que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada.</p> <p>b) Que el padecimiento de este sea insoportable y sin esperanzas de mejora.</p> <p>c) Que no exista ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra, entre otros.</p> <p>d) Puede ser aplicada incluso en menores de edad y únicamente se exige que tenga entre 12 y 16 años, además que se le pueda considerar en condiciones de realizar “una valoración razonable de sus intereses”.</p> | <p>Algunos requisitos:</p> <p>a) Que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente de su petición.</p> <p>b) Que la petición sea voluntaria, reflexionada y reiterada sin presiones exteriores.</p> <p>c) La voluntad puede manifestarse en un documento de voluntades anticipadas con una vigencia inferior a cinco años.</p> <p>d) Que exista un padecimiento físico o psíquico constante e insuperable ocasionado por una condición patológica grave e incurable.</p> | <p>Algunos requisitos:</p> <p>a) Que el paciente sea mayor de edad, capacitado y consciente en el momento de su demanda.</p> <p>b) La demanda debe ser formulada de manera voluntaria, reflexionada y, en su caso, repetida, y que no sea el resultado de una presión exterior.</p> <p>c) Que el paciente se encuentre en una situación médica sin solución y su estado sea de sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable sin perspectiva de mejoría, resultante de una dolencia accidental o patológica.</p> <p>d) La demanda debe ser consignada por escrito.</p> |
|---|---|---|

Nótese que en los países en donde es legal la eutanasia (eutanasia activa y pasiva), el denominador común es sin duda alguna que el paciente tome la decisión de forma libre y sin presiones externas de ningún tipo, es decir, se exige un consentimiento pleno. Por ello, se evidencia claramente la ponderación de la autonomía del individuo en la tutela del derecho a la muerte digna, el cual ha sido uno de los argumentos defendidos a lo largo de este ensayo. De igual manera, se establece como *conditio sine qua non* que quien la solicita debe adolecer un padecimiento físico o psíquico incurable o insuperable y que, además, no exista una solución médica razonable aplicable al caso concreto. Por lo tanto, se desvirtúa la falacia de generalización apresurada utilizada como argumento en contra del reconocimiento del derecho en estudio, según la cual “si se legaliza la eutanasia se abre la puerta a una pendiente resbaladiza”.

Llama poderosamente la atención, que en dos de los tres países en los que es legal la eutanasia como es el caso de los Países Bajos y Bélgica, la muerte digna se tutela incluso a personas menores de edad, mientras que en el caso de Luxemburgo se exige la mayoría de edad para su procedencia. Al respecto podría argumentarse que, garantizar la muerte digna a personas menores de edad (12

años) puede ser peligroso, pues existe la posibilidad que el consentimiento de un individuo que cognitivamente se encuentra en desarrollo, probablemente no sea pleno y lo suficientemente meditado. Sin embargo, también puede contra argumentarse que el reconocimiento de un derecho como la muerte digna no tiene por qué distinguir en la exigencia de una edad determinada para poder tutelarse, pues un padecimiento crónico y doloroso, indistintamente puede sufrirlo cualquier individuo sin importar su edad.

Un claro ejemplo de lo anterior es el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional en la reciente sentencia T-544/17¹⁶⁶ concedió al Congreso de la República el término de dos años, para regular el derecho fundamental a morir dignamente tanto para mayores de edad como para niños, niñas y adolescentes. En todo caso, los motivos por los cuales se exijan unos u otros requisitos para proteger el derecho en cuestión, dependerá en primer lugar, de la política de cada Estado, así como del punto de vista en que se analicen.

5.10 Legislación que penaliza el suicidio asistido, homicidio piadoso o inducción al suicidio en América Latina

| País | Legislación | Calificación Jurídica | Disposición legal |
|-------------|---|---|-------------------|
| México | Código Penal Federal de México | Inducción al Suicidio | Art. 312 |
| Guatemala | Código Penal de Guatemala | Inducción o Ayuda al Suicidio | Art. 128 |
| Honduras | Código Penal de Honduras | Inducción al Suicidio | Art. 125 |
| Nicaragua | Código Penal de la República de Nicaragua | Inducción o Ayuda al Suicidio | Art. 151 |
| Costa Rica | Código Penal de Costa Rica | Instigación o Ayuda al Suicidio Homicidio por Piedad | Art. 115 |
| Panamá | Código Penal de Panamá | Inducción al Suicidio | Art. 134 |
| Puerto Rico | Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico | Homicidio Negligente Incitación al | Arts. 109 y 110 |

¹⁶⁶ Sentencia pronunciada con fecha 25 de agosto de 2017 (Colombia, Corte Constitucional de Colombia).

| | | Suicidio | |
|-----------|--|---|----------|
| Argentina | Código Penal de la República Argentina | Instigación al Suicidio | Art. 83 |
| Bolivia | Código Penal de Bolivia | Homicidio Piadoso | Art. 257 |
| Brasil | Código Penal de Brasil | Inducción Instigación o Auxilio al Suicidio | Art. 122 |
| Colombia | Código Penal de Colombia | Homicidio por Piedad Inducción o Ayuda al Suicidio | Art. 107 |
| Chile | Código Penal de la República de Chile | Auxilio al Suicidio | Art. 393 |
| Ecuador | Código Penal Ecuatoriano | Auxilio al Suicidio | Art. 454 |
| Venezuela | Código Penal de Venezuela | Inducción al Suicidio | Art. 412 |

Nótese, entonces, la marcada tendencia que existe en América Latina a la penalización de figuras como el suicidio asistido o el homicidio piadoso que, como ya analizamos, se debe a la inclinación hacia una clase de pensamiento más conservador, sin importar el fin humanista que tienen las mismas, dirigido a evitar un sufrimiento o agonía innecesarios. Lo anterior, reafirma también mi postura que el reconocimiento a la muerte digna antes que ser un problema jurídico pasa por una discusión moral influenciada –en mayor o menor medida– por el tipo de sociedad de turno.

Conclusiones

A partir de la presente investigación, es válido concluir, en primer lugar, que la muerte digna en definitiva es un verdadero derecho fundamental, pues tiene las propiedades y/o elementos que, para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en el tema, debe poseer el mismo y, cuya base principal es, la dignidad de la persona humana. De igual manera, quedó claro que reconocer tal derecho no es tarea fácil por el alto contenido religioso-moral en torno al tema, debido al misticismo y lo sagrado que rodea a la vida, situación que, además de dificultar su tutela, prácticamente hace que sea obligatorio pasar por una discusión de ética pública por parte del Estado.

Asimismo, se determinaron las opciones existentes para ofrecer una salida al problema y, si bien es cierto, la reforma constitucional sigue siendo la ideal por todo lo que implica incorporar de manera expresa el reconocimiento de un derecho fundamental nuevo, también ha quedado claro que dada la cultura política que impera en nuestro país, resulta también ser la menos viable. Por ello, se propuso tutelar el derecho fundamental a la muerte digna mediante la figura del amparo en cualquiera de sus formas, por ser el mecanismo idóneo para lograr dicho propósito, ya que, mediante el elemento objetivo del mismo garantizaría el ejercicio del derecho en estudio a todas aquellas personas que se encuentren en similares condiciones.

Finalmente, se analizó que también es posible sortear la problemática planteada en el inicio de este ensayo, mediante la figura de la inconstitucionalidad, pues lograría el mismo fin mediante la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de los arts. 130 y 131 CP que contienen las figuras de homicidio piadoso y ayuda al suicidio. Sin embargo, también se determinó que si bien es cierto es una opción, dicha figura tiene la limitante que exige para su procedencia tener la calidad de ciudadano salvadoreño, por lo que, en cierta medida se dejaría en desventaja a aquellas personas que no tienen dicha calidad, lo cual no es óbice para también

utilizar este mecanismo para lograr el reconocimiento a la muerte digna como un verdadero derecho fundamental.

Recomendaciones

Es una realidad no solo en nuestro país, sino en la enorme mayoría de países del mundo, que, a pesar de la estrecha vinculación del derecho fundamental a la muerte digna con la dignidad humana, el mismo no recibe la importancia necesaria, debido a la enorme cantidad de prejuicios religiosos, culturales y morales. Sin embargo, ello no es óbice para su reconocimiento y su tutela por parte de los Estados y, con especial referencia a El Salvador. Así pues, ha quedado en evidencia que es necesaria una reforma constitucional en el tema, pues si bien es cierto es deber de los Estados proveer a los miembros de una sociedad los insumos necesarios para tener una vida digna, también debe procurarse garantizar a quienes deseen finalizar con ésta, un mecanismo que permita tener una muerte digna.

De igual manera, si bien es cierto se ha concluido que el reconocimiento del derecho en cuestión puede ser mediante la labor interpretativa que realizan los Tribunales Constitucionales y, en nuestro caso particular, de la Sala de lo Constitucional, también debe procurarse una legislación especial que regule de forma clara los requisitos de procedencia, así como los distintos casos en que podría o no apelarse a figuras como la eutanasia o el suicidio asistido, pues no debe perderse de vista que, por seguridad jurídica, la mejor forma de regular un derecho fundamental es con el fiel cumplimiento del principio de legalidad con una ley previa, cierta y escrita que establezca los límites al mismo por parte del legislador.

Asimismo, también debe procurarse por parte de la comunidad jurídica la generación de debates en torno al tema, con la finalidad de generar conciencia en la sociedad y, brindar además, una perspectiva no sólo doctrinaria o jurisprudencial, sino también humanista en relación a la muerte digna, a fin de lograr un cambio en el pensamiento de sus habitantes, para potenciar no solo la autonomía de las personas, sino también permitirles la oportunidad de finalizar su

existencia sin dolor, sin padecimientos y sufrimientos innecesarios, pero sobre todo, de tener una muerte digna.

Índice bibliográfico

- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, *Revista de Derecho Político*, N° 53, León, España, 2002, p. 344.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALVARADO TAPIA, Katherine del Pilar, “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”, *Revista de Investigación Jurídica*, número 10, Perú, 2015, p. 5.
- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Íñigo, “Sobre el concepto de derecho subjetivo de Hans Kelsen”, *Boletín de la facultad de derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, número 17, 2001, p. 31.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Eutanasia y autonomía individual, bioética y religión*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- ARROYO CASTRO, Laura, “Aspectos jurídicos en torno a la eutanasia”, *Revista jurídica de seguridad social*, Costa Rica, 2015, p. 99.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *La disponibilidad de la propia vida, homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Civitas, España, 2002.
- BAUTISTA, Óscar Diego, “Ética y política: valores para un buen gobierno”, *UNAM*, México, 2007, p. 3.

- BERNAL PULIDO, Carlos, *Derechos Fundamentales*, Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, volumen dos, UNAM, México, 2015.
- BIDART CAMPOS, Germán José, “Los derechos “no enumerados” en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, *Revista Derecho y sociedad*, número 18, Perú, 2002, p. 256.
- BIONDO CHAIANE, Da Silva María, SECCO María Dal, “Distansia, eutanasia y ortotanasia: percepciones de los enfermeros de unidades de terapias intensiva e implicaciones en la asistencia”, *Revista Latino-Am. Enfermagem [online]*, volumen 17, número 5, 2009, Sao Paulo, Brasil, p. 614.
- CASADO, María, “Argumentos para el debate en torno a la eutanasia, morir en libertad”, *Colección de bioética*, Universitat de Barcelona, España, 2016, p. 19.
- CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”, *Repositorio institucional PIRHUA*, Universidad de Pirua, Lima, 2008, p. 6.
- CASTRO MORENO, Julio Alejandro, “Eugenesia, genética y bioética. conexiones históricas y vínculos actuales”, *Revista de bioética y derecho*, número 30, Barcelona, 2014, p. 68.
- CENEDESI BOM COSTA RODRIGUES, Renata, “El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del foro constitucional iberoamericano*, número 9, 2005, Madrid, p. 82.
- Código de Salud (D.L. N° 955 del 28 de abril de 1988 publicado en el D.O. N° 80, Tomo 299 del 11/05/1988).
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría del Derecho contemporánea*, Tesis Doctoral de la Universidad de Alicante, 1998.
- DEL MORAL FERRER, Anabella, “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, volumen VI, número 2, Universidad Rafael Urdaneta, Venezuela, 2012, p. 65.

- Departamento de Estudios Legales, DEL/FUSADES, Boletín N° 99.
- DORN GARRIDO, Carlos, “La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual”, *Revista de Derecho*, número 26, 2011, Chile, p. 75.
- NIÑO, Luis, *Cuadernos de Bioética*, número 1, 1997, pp. 219-238.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida, una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Universitat Pompeu Fabra, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1ª edición, 1994.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, teoría del Derecho*, Editorial Trotta, España, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, Doxa”, *Cuadernos de filosofía del Derecho*, España, 2006, p. 28.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Concepto de derecho a la vida”, *Revista Ius Et Praxis*, año 14, número 1, Chile, 2008, p. 262.
- FLORES MADRIGAL, Georgina Alicia, “El derecho a la protección de la vida e integridad física, estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, protección de las personas y derechos fundamentales”, UNAM, México, 2006, p. 140.
- FLORES SALGADO, Lucerito Ludmila, “Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México”, *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, año IX, número 36, julio-diciembre de 2015, México p. 157.
- GAMARRA, María del Pilar, “La asistencia al final de la vida: la ortotanasia, horizonte médico”, volumen 11, número 1, junio, 2011, Universidad de San Martín de Porres, La Molina, Perú, p. 41.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Revista Doxa*, número 5, España, 1988, p. 156.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- Resolución de Imprudencia en el proceso de Inconstitucionalidad, Referencia 5-94.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1982.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, España, 2002, p. 139.
- Ley de 16 de marzo 2009 Sobre la Eutanasia y la Asistencia al Suicidio (*Memorial Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg* –, 2009).
- Ley de Deberes y Derechos de los Pacientes y Prestadores de Servicios de Salud (D.L. N° 307 de 10 de marzo de 2016, publicado en el D. O, N° 64, Tomo 411 del 8/04/2016).
- Ley Federal Sobre la Ayuda Médica Para Morir (Legislative Background: Medical Assistance in Dying, Bill C-14, as Assented to on June 17, 2016).
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 2010.
- Ley Relativa a los Cuidados Paliativos (*Parlementaires du Sénat de Belgique* – 2001-2002)
- Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio (Senado, año 2000-2001, 26691 n° 137)
- MACIÁ GÓMEZ, Ramón, “Eutanasia: concepto legal”, p. 2, en <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z14.pdf> con acceso al día 7/09/2017
- MAGLIO, IGNACIO, “El derecho a decidir en el final de la vida morir con dignidad y testamento vital”, *Sociedad argentina de medicina antropológica, revista semestral*, número 2, Argentina, 2007, p. 31.
- NAVARRO, LORETO, “La eutanasia y el suicidio asistido ¿derechos o libertades?”, *Ponencia en jornadas chilenas de filosofía del Derecho*, Chile, 2016, p. 7.

- OLMOS PÉREZ, Alexandra, *El consentimiento informado al final de la vida: las voluntades anticipadas*, Consentimiento informado, fundamentos y problemas de su aplicación práctica, Instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrina jurídica, UNAM, número 805, México, 2017.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Derecho a la vida, ¿derecho a la muerte?, bioética y derechos humanos*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 1992.
- PAPACCHINI, ÁNGELO, *Derecho a la vida*, Editorial Universidad del Valle, Santiago de Cali, 2001.
- PECES-BARBA, Gregorio, “Ética pública y derecho”, *Discurso de recepción del académico de número*, Sesión de 19 de abril de 1993, Madrid, p. 21.
- PECES-BARBA, Gregorio, “La libertad del hombre y el genoma, derechos y libertades”, *Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, DyL número 02 año I, Madrid, 1993-1994, p. 319.
- PUY, Francisco, “Derecho objetivo y derecho subjetivo”, *Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del Derecho y filosofía social*, volumen V, México, 1981, p. 128.
- Real Academia Española; *Diccionario de la Lengua Española*; vigésima primera edición; editorial Espasa Calpe, S.A.; Madrid, 1992.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás, “Sobre el derecho a la vida”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, Año 6 número 12 julio-diciembre, España, 2009, p. 288.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *La protección jurídica de la vida en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, Tomo V, Volumen 2, UNAM, México, 2015.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista española de Derecho constitucional*, número 89, mayo-agosto, Madrid, 2010, p. 28.
- SANDOVAL VALDÉS, Teodoro, “Eutanasia”, *Revistas UNAM*, número 48, México, 2001 p. 71.

- SCHMIDT H., Ludwig, “¿Vida digna o muerte digna? Concepciones actuales”, *Revista bioethikos- Centro Universitario São Camilo*, Brasil, 2013, p. 169.
- Sentencia 53/1985, abril, 11, 1985.
- Sentencia de Amparo, Referencia 148-2015, mayo, 29, 2017.
- Sentencia de Amparo, Referencia 222-2001, septiembre, 1, 2006.
- Sentencia de Amparo, Referencia 252-2015, agosto, 8, 2016.
- Sentencia de Amparo, Referencia 259-2006, octubre, 29, 2008
- Sentencia de Amparo, Referencia 348-99, abril, 4, 2001.
- Sentencia de Amparo, Referencia 400-2011, marzo, 11, 2015.
- Sentencias de Amparo, Referencias 630-2000 y 674-2006, mayo, 19, 2004 y diciembre, 17, 2007, respectivamente.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 24-97/21-98 acumuladas: El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Diario Oficial número 189 tomo número 349, octubre, 10, 2000.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 7-2012: El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Diario Oficial número 9 tomo 402, enero, 16, 2014.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 18-98: El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Diario Oficial número 227 tomo 377, diciembre, 5, 2007.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 6-95: El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Diario Oficial número 153 tomo 344, agosto, 20, 1999.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 52-2003 acumuladas: El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Diario Oficial número 70 tomo 363, abril 19, 2004.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 8-97 acumuladas: El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Diario Oficial número 74 tomo 351, abril, 20, 2001.
- Sentencia T-544/17, agosto, 25, 2017.

- Sentencia T-728/10, septiembre, 13, 2010.
- SILVA ALARCÓN, Doris, “La eutanasia aspectos doctrinarios aspectos legales”, *Cuadernos de estudio, centro de estudios biojurídicos*, Chile, en <http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf>.
- STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Primera Edición, Vol. I, España, 2008.
- URIBE CORREA, Leonardo, PARRA BENÍTEZ, Jorge, “Introducción al Derecho: notas de clase, cuarta parte”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, número 66, Colombia, 1984, p. 121.
- VALADÉS DIEGO, “Eutanasia, régimen jurídico de la autonomía de la voluntad, derechos humanos, aborto y eutanasia”, *Instituto de investigaciones jurídicas serie estudios jurídicos*, número, 125, UNAM, México, 2010, p. 90.
- VALADÉS, DIEGO, “Debate sobre la vida, eutanasia, aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos”, Instituto de investigaciones jurídicas, serie estudios jurídicos, número 22, primera edición, UNAM, México, 2001, p. XI.
- VALBUENA ÁLVARO, “La distanasia, paradoja del progreso biomédico”, *Revista colombiana de bioética*, volumen 3 número 1, enero-junio, Colombia, 2008, p. 149.
- VALLADO BERRÓN, Fausto E., “El derecho subjetivo”, *Revista de la facultad de Derecho de México*, UNAM, número 19, México, 1955, p. 130.
- VÁSQUEZ, Rodolfo, “Derechos humanos una lectura liberal igualitaria”, *Instituto de investigaciones jurídicas serie de estudios jurídicos*, número 274, UNAM, México 2015, p. 30.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Protección del derecho a la vida”, *Revista Vox Juris* número 24, Perú, 2012, p. 70.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “La disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno”, Tesis doctoral, Departamento de derecho público especial Universidade da Coruña, España, 2013.