

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**



**“ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO
FRENTE A LA EUTANASIA PASIVA, MEDIANTE LA
PONDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN COLISIÓN”**

AUTOR: CAMILO RAFAEL MORENO-PIEDRAHÍTA HERNÁNDEZ

DIRECTORA: DRA. JUDITH SALGADO ÁLVAREZ

QUITO, 2011

A mi padre, ejemplo de altruismo, estudiosidad y empeño, con amor y admiración. Gracias por haberme permitido dar mis primeros pasos en el foro. El reto continúa: ser más para servir mejor.

A mi madre, con amor. Tu ejemplo de abnegación y vehemencia en cada empresa, serán mis fortalezas en todos mis emprendimientos. Todo te lo debo a ti; gracias por tanto cariño.

A mi hermano, con respeto. Gracias por enseñarme que el humanismo es una característica inexorable en el acervo moral del buen profesional.

A mis maestros, especialmente a la Dra. Judith Salgado y al Dr. Arturo Donoso, quienes inculcaron en mí el amor a la justicia y el respeto a los derechos humanos.

A Bradley. Amor, gracias; tu confianza me impulsó a cada instante en este trabajo.

“Considero que a la hora de juzgar determinadas conductas ético-morales, como en el caso que les planteo, no deberían tener más norma fundamental que la Constitución, porque si no es así, no son los jueces quienes juzgan sino los políticos cuando escriben la ley y crean la trampa y la ambigüedad.

Sólo si los jueces y jurados tuviesen la potestad de sentenciar de acuerdo con la norma constitucional, y sus conciencias fuesen como un procesador humano –y humanizado- que va recibiendo sistemáticamente conocimientos e información para entender lo que es social y democráticamente tolerable, y también conveniente reformar o corregir, la justicia seguiría el ritmo del proceso evolutivo de una sociedad democrática formada por individuos libres y responsables.

(...) me parece que la función de los jueces tiene que ser algo más que la de aplicarle códigos al rebaño como un mudo y fiel guardián que defiende los intereses de su degenerado amo. Cuando un juez guarda silencio ante una ley obviamente hipócrita, y por tanto injusta, en esa sociedad no puede haber nobleza ni bondad. Si la justicia es la exigencia de una conducta ética respetuosa, la función del juez debe ser la de maestro más que la de vigilante.”¹

Ramón Sampedro

¹ SAMPEDRO, Ramón. *Cartas desde el infierno*. Primera edición. Grupo Editorial Planeta. Buenos Aires – Argentina. 2005. Pág. 252-253.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	I
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN.....	1

PRIMERA PARTE PRECISIONES CONCEPTUALES

CAPÍTULO I LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD

I. Definiciones sobre los derechos humanos.....	5
II. Los derechos humanos como derechos subjetivos.	7
III. Los derechos humanos y la dignidad humana.	9
3.1. <i>Los derechos humanos como emanaciones de la dignidad humana.</i>	10
3.2. <i>Breve noción acerca de la dignidad humana.</i>	15
3.2.1. <i>Concepto.</i>	17
3.2.2. <i>¿Cuál es el contenido de la dignidad humana?</i>	21

CAPÍTULO II LOS OBLIGADOS FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

I. Derechos como expectativas.	24
II. La ruptura con la concepción del liberalismo clásico.....	24
III. La eficacia de los derechos humanos entre los particulares y sus tres teorías.	27
IV. El modelo de los tres niveles de la eficacia horizontal.	30
V. La eficacia horizontal de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	32
VI. Las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos en general.	34
6.1. <i>La norma penal como mecanismo para cumplir con la obligación estatal de proteger los derechos humanos.</i>	39
6.1.1. <i>¿Cuándo prohibir?</i>	44

CAPÍTULO III LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

I. La teoría de los principios.	47
1.1. <i>La distinción entre reglas y principios.</i>	47
1.2. <i>Conflicto entre reglas.</i>	49
1.3. <i>Colisión de principios.</i>	50
1.4. <i>La ley de la colisión.</i>	51
II. Concepto de ponderación.	53
III. La estructura de la ponderación.....	55
3.1. <i>La ley de ponderación.</i>	55
3.2. <i>La fórmula del peso de Robert Alexy.</i>	57
3.2.1. <i>La relación entre la ley de ponderación y la fórmula del peso.</i>	63
3.2.2. <i>La función de la fórmula del peso.</i>	64

3.3. La carga de argumentación.....	65
IV. Objeciones contra la ponderación.....	66
4.1. La irracionalidad de la ponderación.....	67
4.2. La violación del principio democrático y del Estado de Derecho.....	70
4.3. La negación de la existencia de una constitución material.....	73
4.4. La falta de consideración de los límites constitucionales de los derechos en la solución.....	75
4.5. Las normas constitucionales no son valores.....	77
V. Argumentos a favor de la ponderación.....	79
5.1. La racionalidad de la ponderación.....	80
5.1.1. La hiperracionalidad de la pretensión de los críticos.....	80
5.1.2. La racionalidad teórica y práctica de la ponderación.....	81
5.2. La negativa a la existencia de una constitución material y el respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental.....	83
5.3. Los límites epistémicos de los principios.....	85
5.4. Réplica a la crítica de Habermas.....	87
VI. El principio de proporcionalidad.....	89
6.1. El fin de la medida evaluada en el mandato de prohibición por exceso.....	91
6.2. El fin de la medida evaluada en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente.....	95
6.3. El examen de la idoneidad en la prohibición por exceso.....	96
6.4. El examen de la idoneidad en la prohibición por omisión o acción insuficiente.....	99
6.5. El examen de la necesidad en el mandato de prohibición por exceso.....	102
6.6. El examen de la necesidad en la prohibición por omisión o acción insuficiente... ..	106
6.7. El examen de la proporcionalidad en estricto sentido en la prohibición por exceso y en la prohibición por omisión o acción insuficiente.....	108
6.8. Relaciones entre el principio de proporcionalidad y la ponderación.....	110
6.9. ¿Puede aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio, a las colisiones de principios surgidos en las relaciones entre particulares?	112

CAPÍTULO IV EL DERECHO A LA VIDA

I. Características del derecho a la vida.....	116
II. Obligaciones estatales frente al derecho a la vida.....	118
III. ¿Existe el derecho a disponer de la propia vida?	121
3.1. Los derechos sobre la propia persona.....	122
3.1.1. Objeciones contra la existencia de los derechos sobre la propia persona.....	125
3.1.2. Argumentos a favor de la existencia de los derechos sobre la propia persona.....	125
3.2. La disponibilidad del derecho a la vida.....	126
3.2.1. Tesis a favor de la disponibilidad de la vida.....	126
a. La disponibilidad de la vida deriva del propio derecho a la vida.....	127
b. La vida es disponible porque el suicidio no es punible.....	127
c. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana sustentan esa disponibilidad.....	127
d. La disponibilidad de la vida en base a la libertad de conciencia.....	133
e. La disponibilidad de la vida indigna.....	136
f. La disponibilidad de la vida en base a las prácticas sociales.....	136
3.2.2. Tesis en contra de la disponibilidad de la vida.....	137

a.	<i>El derecho a la vida es absoluto</i>	137
b.	<i>La vida es indisponible aún cuando el suicidio es atípico</i>	138
c.	<i>La vida es indisponible porque existe un deber jurídico de vivir</i>	140
d.	<i>La prohibición de la libertad de matarse</i>	142
e.	<i>Quien resuelve quitarse la vida renuncia a la libertad</i>	143
3.2.3.	<i>Criterio personal</i>	144
IV.	La protección penal de la vida en el Código Penal ecuatoriano.....	146

CAPÍTULO V EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

I.	Concepto.....	149
II.	El derecho al libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.....	152
III.	El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.....	155
IV.	El derecho a negarse a recibir un tratamiento vital.....	157
4.1.	<i>Los límites de este derecho</i>	162
4.2.	<i>¿Los niños, niñas y adolescentes son titulares de este derecho?</i>	163

SEGUNDA PARTE ASPECTOS CONCEPTUALES, JURÍDICOS Y ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EUTANASIA

CAPÍTULO VI LA LEGITIMIDAD Y LA TIPICIDAD DE LA EUTANASIA PASIVA

I.	Concepto de eutanasia.....	165
II.	Clases de eutanasia.....	168
2.1.	<i>Eutanasia autónoma y heterónoma</i>	168
2.2.	<i>Eutanasia voluntaria y no voluntaria</i>	170
2.3.	<i>Eutanasia activa</i>	171
2.3.1.	<i>Directa</i>	171
2.3.2.	<i>Indirecta</i>	171
2.4.	<i>Eutanasia pasiva</i>	172
2.5.	<i>Eutanasia pura o genuina</i>	175
2.6.	<i>Algunos tipos de eutanasia excluidos de la clasificación</i>	175
III.	La legitimidad de distintos casos de eutanasia pasiva.....	178
3.1.	<i>Legitimidad de la eutanasia pasiva en los niños</i>	181
IV.	La tipicidad de la eutanasia pasiva en el Código Penal ecuatoriano.....	183
4.1.	<i>La eutanasia pasiva y la ayuda o instigación al suicidio</i>	184
4.1.1.	<i>La ayuda o auxilio al suicidio y la eutanasia pasiva</i>	185
4.1.2.	<i>La instigación al suicidio y la eutanasia pasiva</i>	189
4.2.	<i>La eutanasia pasiva y el homicidio</i>	190
4.2.1.	<i>El homicidio simple y la eutanasia pasiva</i>	191

CAPÍTULO VII ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO FRENTE A LA EUTANASIA PASIVA

I.	La teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni.	202
1.1.	<i>La aplicabilidad de esta teoría en la determinación de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva</i>	205
1.2.	<i>La legitimidad de la aplicación de esta teoría según la Constitución</i>	208
1.2.1.	<i>Según el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia</i>	208
1.2.2.	<i>Según el nuevo modelo del principio de legalidad penal</i>	214
II.	Otros posibles criterios penales para el análisis de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva.....	219
2.1.	<i>La influencia del consentimiento de la víctima, según Muñoz Conde</i>	220
2.2.	<i>El estado de necesidad como causa de antijuridicidad de la omisión del médico en la eutanasia pasiva</i>	223
III.	Determinación de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva a través de la ponderación de los principios en juego.....	225
	CONCLUSIONES.....	253
	FUENTES.....	256
a.	BIBLIOGRAFÍA.....	256
b.	OTRAS FUENTES.....	258
i.	Libros y artículos electrónicos:	258
ii.	Jurisprudencia constitucional:	259

ABSTRACT

Quienes administran justicia penal han olvidado que son guardianes de la justicia y los derechos humanos. Su actividad se ha reducido a ser fieles vasallos de las leyes que aplican sin mayor análisis, permaneciendo impávidos ante el texto de la Constitución.

En el juzgamiento de hechos de tanta importancia como el de la ayuda proporcionada por el médico en la eutanasia pasiva, dicha actitud es inaceptable. En esos casos, especialmente, los jueces y tribunales penales no pueden administrar justicia tomando en cuenta únicamente las previsiones de la Ley Penal, sino que también deben hacerlo a partir de las previsiones de la Ley Fundamental.

En el análisis de la responsabilidad penal del médico en la eutanasia pasiva, no se pueden dejar de tomar en cuenta los derechos humanos y principios implicados, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a negarse a recibir un tratamiento médico, y el deber del médico de respetar esos derechos, por un lado; y, por el otro, el derecho a la vida, el deber del Estado de proteger ese derecho sancionando las conductas que lo vulneren, y el deber del galeno de respetar ese derecho.

Si no se toma en cuenta esos principios al juzgar penalmente la ayuda del médico en la eutanasia pasiva, se desdice la supremacía de la Constitución respecto de sus leyes subordinadas y la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia como paradigma de Estado escogido, y el ordenamiento jurídico se convierte en una caterva de normas hipócritas que tan sólo ven en los derechos humanos una declaración de principios de conveniencia.

Es ineludible optar por el método anunciado. Definitivamente, la norma constitucional, al ser la jerárquicamente superior, informa el contenido de sus demás subordinadas, y de esta forma amplía o restringe la descripción de los tipos penales previstos en las Leyes.

Por tanto, al estar involucrados una serie de principios constitucionales que pugnan como fuerzas contrarias entre sí, no se puede dejar de lado la interpretación constitucional

sobre la precedencia entre ellos a través de la ponderación, pues ello determinará si el juez debe sancionar o dejar indemne al médico.

Como un futuro profesional del Derecho, comprometido con la justicia y los derechos humanos aún por sobre la Ley, propongo esta tesina con el objeto de despertar en el lector el deseo de luchar por un Derecho Penal más democrático y una justicia penal más coherente con los derechos humanos.

El resultado final de esta tesina, no debe ser tomado como la única solución válida al dilema de punir o no la ayuda del galeno en la eutanasia pasiva. Por el contrario, se debe entender que esta es otra de las múltiples visiones que existen al respecto, que pretende dar una fórmula cuya aplicación a los diversos temas controvertidos, pueda generar respuestas satisfactorias y variadas, según lo requiera el avance de la ciencia, la sociedad y la tecnología.

INTRODUCCIÓN.

Sin duda, el enjuiciamiento de la eutanasia pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal, tal y como ha afirmado Claus Roxin².

Muchos podrían pensar que en el Ecuador, este problema adquiere una dimensión aún más grande, pues nuestra legislación penal, al igual que la de otros países, no ha dado un tratamiento expreso sobre la buena muerte.

Personalmente considero que esto no es así; por el contrario, esta falta de regulación abre la puerta para que se solucione adecuadamente ese problema.

Las legislaciones penales del mundo no deberían tratar el tema de la eutanasia; se debería estar, en estos casos, al enjuiciamiento que haga el Derecho Constitucional para decidir si se pune o no esta conducta. Sólo así se lograría obtener una respuesta del ordenamiento jurídico, que vaya acorde con el avance de la ciencia jurídica y las ramas del saber humano, y no se petrifique en la decisión que por conveniencia política hayan dado los legisladores.

Sin embargo, al recurrir al Derecho Constitucional y no sólo al Penal para el enjuiciamiento jurídico penal de la eutanasia, el panorama se complica mucho más que cuando sólo se utiliza la primera rama jurídica. Esto se debe a que si la eutanasia es uno de los problemas más difíciles del Derecho Penal, también lo es del Derecho Constitucional.

No obstante, a pesar de su complejidad, esta solución es la más adecuada, y esa gran virtud desplaza las críticas que respecto a la dificultad de dicha empresa puedan esgrimirse en su contra.

² ROXIN, Claus. *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*. En: ROXIN, C. MANTOVANI, F. BARQUÍN, J. OLMEDO, M. *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Traducciones por Jesús Barquín, Miguel Olmedo y Jesús Martínez. Editorial Comares. Granada - España. 2001. Pág.4.

El Derecho Constitucional se ha vuelto una herramienta imprescindible para enjuiciar la relevancia penal de la eutanasia, y no sólo debido a las razones antes anotadas, sino también a las múltiples e importantes respuestas que ha dado acerca de la relación médico-paciente -en la que se enmarca la eutanasia- y los derechos comprometidos en ella.

Son importantísimos los lineamientos que la jurisprudencia y la doctrina constitucionales han dado sobre el consentimiento informado, la legitimidad de la voluntad del paciente de morir, la disponibilidad de la vida, el derecho a rechazar un tratamiento vital o no, las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos, la eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas, entre otros asuntos que no pueden ser desconocidos para juzgar la relevancia penal de la buena muerte.

El problema de la responsabilidad penal del médico en la eutanasia pasiva requiere una respuesta interdisciplinar, no el simple recurso a la Ley Penal y a la subsunción en el tipo. Es necesario un análisis conjunto con el Derecho Constitucional, a través de la ponderación de los principios implicados en la buena muerte, pues desde la perspectiva constitucional la eutanasia pasiva supone una colisión de principios.

Esa colisión se suscita entre dos principios principalmente: el derecho al libre desarrollo de la personalidad del paciente - manifestado en su rechazo a un tratamiento vital o no - y el deber del médico de prestar su servicio de salud y de obrar de tal manera que se logre la supervivencia de su paciente y se haga efectivo el derecho a la vida.

La respuesta a esa antinomia, determinará tangencialmente la solución que se dé al problema de la responsabilidad penal del médico en la eutanasia pasiva, pues la Ley Fundamental informa todas las leyes inferiores y las relaciones privadas que ellas regulan.

Según prevalezca el derecho del paciente o el deber del médico, la Constitución hará que la conducta del médico que respeta la voluntad de su paciente en la eutanasia pasiva, se

encuentre comprendida o no en el tipo penal por el cual se pretende enjuiciarla –sea este homicidio o ayuda al suicidio-.

Esta tesina busca explicar esa perspectiva interdisciplinaria del enjuiciamiento penal de la eutanasia pasiva, a través de la ponderación de los principios implicados.

Para cumplir con ese fin de manera satisfactoria, la he estructurado en dos partes. En la segunda parte explicaré qué es la eutanasia; si es que la decisión de terminar con la vida en la eutanasia pasiva es legítima; bajo qué tipo penal se puede encuadrar; por qué se justifica el uso de la ponderación en el análisis de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, según la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni; entre otros temas desarrollados en los distintos capítulos de esa sección, que concluyen con el análisis de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, siguiendo el método propuesto.

En la primera parte, en cambio, haré una breve exposición de los conceptos necesarios para el entendimiento de esta tesis, pues sabrá comprender el lector, que al estar involucrada una ponderación en la resolución del problema fundamental de este trabajo, debo atender una serie de conceptos jurídicos que serán utilizados al aplicar ese método de interpretación constitucional, y por lo tanto, no puedo exponer directamente el análisis de la responsabilidad penal a través de la ponderación de los principios en conflicto, sin previamente haberlos estudiado. De este modo, trataré temas como: el derecho a la vida; su concepto; las teorías sobre su disponibilidad; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; su vinculación con el proyecto de vida; el derecho a negarse a recibir un tratamiento vital; la titularidad de este derecho en los niños, niñas y adolescentes; las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos; cuándo se debe prohibir penalmente una conducta; etc.

No tendría razón alguna continuar con la segunda parte de esta tesis sin la mención previa de los conceptos anteriormente señalados, pues al analizar la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, acudirían constantemente al lector la incertidumbre, las inquietudes, e inclusive, el mensaje que este trabajo pretende dejar no llegaría con la contundencia deseada por su autor.

Por otro lado, sería inadecuado pasar brevemente al análisis del principal propósito de esta tesis, para ir haciendo en él cortas digresiones en las cuales se precisen los conceptos utilizados, pues al exponerse un razonamiento lógico a través de la ponderación, se perdería rápidamente en la mente del lector el hilo argumentativo.

Debo confesar que mi afán al emprender esta investigación, no ha sido nunca dar por terminado el tema del enjuiciamiento jurídico penal de la eutanasia pasiva, ni tampoco imponer un criterio definitivo. Mal haría en pretenderlo, pues, como dijo Jorge Adoum:

“Todo hombre que trata de comunicar a los demás lo que él mismo sabe, es un hombre egoísta. El verdadero altruismo es el que despierta en los demás lo que está dormido en ellos, y esto no se consigue obligándoles a pensar y obrar como él piensa y obra. Porque si las células cerebrales convencieran a las estomacales que deben dejar de digerir para dedicarse a pensar ¿qué sería del organismo humano?”³.

Por el contrario, mi pretensión principal es que con estas breves líneas, pueda dejar establecido un nuevo criterio hermenéutico que tenga en cuenta no sólo las leyes penales, sino los principios y derechos humanos que están en colisión, al momento de examinar la tipicidad penal en determinados casos.

Sólo así los jueces, en un futuro, realizando este examen bajo la égida del nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derechos, podrán administrar justicia de manera más equitativa. Únicamente entonces, sus decisiones hallarán la legitimidad deseada en el pueblo, al acogerse no sólo a la letra de la ley sino a los principios axiológicos que gobiernan nuestro Estado, y que se expresan en la norma máxima: la Constitución.

Reciba pues el lector este ejercicio de un criterio hermenéutico, y adopte en su paso una posición sobre los espinosos temas de la disponibilidad de la vida y la eutanasia.

³ Cita textual de la obra Adonay, tomada de: BRICEÑO, Alberto. *Hacia un despertar*. Segunda edición. Tomo I. Okura Editores S.A. Lima – Perú. 1988. Pág. 86

PRIMERA PARTE

PRECISIONES CONCEPTUALES

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD.

I. Definiciones sobre los derechos humanos.

Múltiples y variadas son las definiciones que los distintos autores dan respecto al concepto de derechos humanos. Influyen en ellos la ideología, la vehemencia o la ligereza con que tratan el tema. A continuación me permito reproducir algunas de esas definiciones; sepa el lector juzgar cuál es la más adecuada.

a) Los derechos humanos son “...un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁴ (Pérez Luño).

b) “Los derechos humanos son literalmente los derechos que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano...”⁵ (Jack Donnelly). Junto a esta definición se encuentra la de Thomas Paine, según la cual los derechos humanos son “aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir”⁶. Si bien estas dos últimas definiciones no son imprecisas, pecan por no aportar ningún elemento que permita caracterizar a los derechos humanos.

⁴ PÉREZ, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid – España. 1986. Pág. 48.

⁵ DONELLY, Jack. *Derechos humanos universales en la teoría y en la práctica*; Tr. por Ana Isabel Stellino. Ediciones Gernika. México, D.F. 1994. Pág. 23.

⁶ Cita textual tomada de PÉREZ, Antonio. Ob. Cit. Pág. 30, y éste a su vez de PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. Trad. Cast. De J. A. Fernández de Castro y T Muñoz Molina. F.C.E. México. 1944. Pág. 61.

c) Se llaman “...derechos humanos aquellos derechos fundamentales a los que todo hombre y mujer debería tener acceso, en virtud puramente de su calidad de ser humano y que, por tanto, toda sociedad auténticamente humana debe garantizar a sus miembros”⁷ (Abram Morris).

d) Según Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son:

“...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y, por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”⁸

e) Peces-Barba, en cambio dice que los derechos humanos son:

“derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.”⁹

Personalmente, prefiero la definición de Pérez Luño, por cuanto nos recuerda que los derechos humanos son reivindicaciones sociales esbozadas según ciertos ideales

⁷ Cita textual tomada de MOREIRA, Elena. *Estudios sobre derechos humanos*. Ediciones Abya – Yala. Quito – Ecuador. 2004. Pág. 10, y ésta a su vez de MORRIS, Abram. *La libertad de pensamiento, conciencia y religión*. Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Edición especial. 1968. Pág. 46.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. Pág. 19. En: FERRAJOLI, Luigi. BACCELLI, Luca. BOVERO, Michelangelo. GUASTINI, Riccardo. JORI, Mario. PINTORE, Ana. Et. Al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid, España. 2009.

⁹ Cita textual tomada de NOGUEIRA, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Editorial Universidad de Talca. Talca, Chile. 1997, y éste a su vez de: PECES – BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Editorial Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, España. Pág. 469.

fundamentales que les sirven de pilares. Creo que esa definición podría completarse tomando en cuenta la de Luigi Ferrajoli, pues acertadamente este autor recuerda la característica de universalidad de los derechos humanos.

II. Los derechos humanos como derechos subjetivos.

Existen autores, que apoyados en la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos humanos, sostienen que éstos no pueden ser una subcategoría de los derechos subjetivos. Para ellos, los derechos subjetivos están caracterizados por la posibilidad de renuncia y transferencia, y además, porque pueden desaparecer por vía de prescripción, mientras que los derechos humanos no¹⁰.

Sin embargo, esa posición, por muy respetable que sea, en mi criterio, parece endeble.

En primer lugar, existe casi un consenso en la doctrina al clasificar a los derechos subjetivos en transmisibles e intransmisibles¹¹, según puedan traspasarse del titular a quien corresponden a otro sujeto. También, la generalidad de los autores, considera a los derechos personalísimos como una categoría de los subjetivos, siendo aquellos, por naturaleza, inherentes e inseparables de la persona y por tanto irrenunciables¹². Y, finalmente, la doctrina contemporánea más calificada considera a los derechos humanos como derechos subjetivos¹³.

¹⁰ PÉREZ, Antonio. Ob. Cit. Pág. 32.

¹¹ Cfr. PARRAGUEZ, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano*. Sexta edición. Volumen I. Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja. Loja – Ecuador. 1999. Pág. 37.

¹² Cfr. VODANOVIC, ANTONIO. Ob. Cit. Pág. 315; y, VALENCIA, Arturo. *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1957. Pág. 242

¹³ Así, en: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tr. por Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2008. Pág. 151, puede encontrarse todo un capítulo que desarrolla la idea, y que se titula: los derechos fundamentales como derechos subjetivos. También sucede lo mismo en FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. En: FERRAJOLI, Luigi. BACCELLI, Luca. BOVERO, Michelangelo. GUASTINI, Riccardo. JORI, Mario. PINTORE, Ana. Et. Al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid, España. 2009; y, NOGUEIRA, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Editorial Universidad de Talca. Talca, Chile. 1997. Pág. 131. Ferrajoli, distanciándose del concepto que en la teoría general del Derecho se ha dado sobre el derecho subjetivo, dice que el derecho humano está comprendido en el concepto del subjetivo, en tanto éste consiste en una expectativa correlativa a una obligación de un tercero, que se encuentra adscrita por una norma jurídica a un sujeto. Sin embargo, considero que esta definición no excluye la clásica definición de la Teoría General del Derecho, en tanto, si un ordenamiento jurídico

Es más, en la doctrina existen quienes defienden la identidad entre los términos: derechos subjetivos y derechos humanos, considerando a los derechos subjetivos como expresión de los atributos de la personalidad¹⁴, que pueden dividirse en derechos fundamentales de la persona, derechos estatutarios y derechos subjetivos en sentido técnico – jurídico. Los derechos estatutarios son aquellos que se refieren al individuo en relaciones de comunidad y de organización; y, los derechos subjetivos en sentido estricto se refieren al sujeto en relaciones de coordinación, donde predomina el sentido de libertad sobre el de función¹⁵.

En fin, considero que se puede identificar claramente a los derechos humanos con los derechos subjetivos, en tanto, ambos son poderes concedidos a los particulares: *facultas agendi*.

El derecho subjetivo es la “...facultad que un sujeto tiene respecto de otro para exigirle la realización de determinada conducta”¹⁶. Es una función del Derecho objetivo, en tanto supone que éste, como norma, faculta a una persona a exigir una conducta de otro. Esas prerrogativas o facultades son tuteladas por el ordenamiento jurídico mediante previsiones generales y abstractas, a favor de las personas, quienes, en ejercicio de esa facultad, pueden exigir determinadas conductas a otros¹⁷.

entrega a alguien una facultad de exigir a otra persona un comportamiento, aquel tendrá una expectativa de una conducta de un tercero; y, si esa persona no cumple con su deber, tendrá una facultad de exigirle mediante el ordenamiento jurídico.

¹⁴ Para mejor entendimiento, hay que recordar que existen tanto teorías que tratan sobre la estructura o contenido de los derechos subjetivos (como las de Ihering y Windscheid), como aquellas que explican su naturaleza. Entre las teorías que explican su naturaleza encontramos, entre otras, a la del positivismo metodológico y a la del iusnaturalismo tradicional. Según esta última, los derechos subjetivos son independientes de lo que dispongan las normas de derecho objetivo; no nacen de ellas. Son facultades y poderes innatos al ser humano, que le pertenecen por el simple hecho de serlo y que existirían aún cuando se elimine la técnica de la regulación de la vida social por medio del derecho escrito. Cfr. NINO, Carlos. Ob. Cit. Pág.196.

¹⁵ Véase CASTÁN, José. Ob. Cit. Pág. 26, quien expone el pensamiento del profesor Legaz, que da la clasificación antes señalada en la siguiente fuente: LEGAZ. *Filosofía del Derecho*. 2ª edición. Bosch. Barcelona. 1961. Pág. 726, 728 y ss.

¹⁶ PEREZNIETO, Leonel y LEDESMA, Abel. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Harla S.A. México D.F. 1992. Pág. 52.

¹⁷ Sobre este punto existe otra polémica, en tanto, los iusnaturalistas no aceptan que se requiera del derecho objetivo para la existencia de un derecho subjetivo, sino que éste es anterior al Estado, correspondiéndole tan sólo al objetivo reconocerlo. Por su parte, los iuspositivistas sostendrán que el derecho objetivo es un *prius* del subjetivo y que sólo puede entenderse que éste existe, en tanto la norma le de existencia. Además, esta polémica tiene particular repercusión en materia de los derechos humanos, como manifestación de los derechos subjetivos, pues se

Un derecho humano también es una prerrogativa que fundamenta una determinada demanda de un sujeto frente a otro. “Tener derecho a x es detentar especialmente la prerrogativa de poseer y disfrutar x”¹⁸; y, si por un lado existe un objeto sobre el cual recae el derecho humano (la vida, la salud, la integridad física), también existe por otro un obligado u obligados por un deber jurídico correlativo. Si ese objeto se ve amenazado o negado, el derecho humano otorga la prerrogativa para demandar su cumplimiento o la cesación de la amenaza, y exigir una acción o abstención de quien tiene el deber jurídico correlativo al derecho¹⁹.

Ésta es la posición aceptada por casi la totalidad de la doctrina que ubica a los derechos humanos como una especie de los derechos subjetivos, pero con características especiales.

III. Los derechos humanos y la dignidad humana.

En el Ecuador, es imprescindible estudiar a los derechos humanos como facultades que se concretan a partir de un concepto: la dignidad humana, pues esa es la concepción adoptada por nuestro sistema jurídico.

En ese sentido, comenzaré explicando esa noción acerca del fundamento de los derechos humanos, las normas de nuestro sistema que la acogen, y luego, finalmente, la noción de la dignidad humana.

Es obvio que resultaría más adecuado empezar definiendo a la dignidad humana; sin embargo, para lograr un mejor entendimiento, adopto el orden indicado.

acogerán a una u otra tesis, tanto quienes aseguran que su existencia se debe a la dignidad intrínseca del ser humano y que éstos son tan sólo manifestaciones de la misma, como quienes sostienen que estos son derechos reconocidos en los ordenamientos jurídicos por las reivindicaciones sociales. No obstante, la inclusión de cláusulas abiertas en las Cartas Constitucionales ha aligerado el debate, pues el Derecho objetivo ha aceptado con ellas, que pueden existir derechos humanos no reconocidos expresamente por la Ley que sin embargo no pierden su categoría de derechos fundamentales por ese hecho.

¹⁸ DONELLY, Jack. Ob. Cit. Pág. 24.

¹⁹ Ibídem. Ídem.

3.1. Los derechos humanos como emanaciones de la dignidad humana.

No pretendo entrar a discutir el fundamento filosófico de la existencia de los derechos humanos, sino, únicamente, señalar la idea en la cual las diferentes normas que influyen en esta materia en el Ecuador, soportan la existencia de este concepto. Por lo tanto, he aquí tan sólo una de las tantas visiones existentes al respecto.

Sobre el tema, por ser la posición más acorde con nuestro sistema jurídico, acojo a la noción establecida por Jack Donnelly.

Donnelly²⁰ sostiene que los derechos humanos surgen de la naturaleza moral de la persona, en tanto ente al que le es inherente un don: la dignidad. Los derechos humanos sirven para satisfacer las exigencias o necesidades para una vida digna de un ser humano, por lo que, una vida digna no puede disfrutarse sin estos derechos.

Esas necesidades básicas para una vida digna son el producto de una selección social que establece aquellos límites mínimos para alcanzarla. La persona no recibe los derechos humanos de Dios, de la naturaleza, ni de hechos físicos de la vida, sino de la elección social de los requisitos mínimos para una vida digna. Estos mínimos son establecidos a partir de las posibilidades dadas por la interacción de los dones naturales de las personas (fronteras psicobiológica del potencial humano), la moralidad y las capacidades formativas de las instituciones sociales²¹.

De esta manera, la naturaleza humana que se pretende construir con los derechos humanos tiene un sentido convencional, pues, son las convenciones sociales las que mediante una descripción de los mínimos para una vida digna, construyen la naturaleza moral humana; "...la especie (mediante el instrumento de la sociedad) crea su naturaleza esencial a partir de sí misma"²².

²⁰ DONELLY, Jack. Ob. Cit. Págs. 34 - 38.

²¹ *Ibidem*. Ídem.

²² *Ibidem*. Pág. 37.

Los derechos humanos, de esta forma, apuntan a la realización de aquello que es tanto “un proyecto social como un don”²³: la vida digna²⁴, como visión moral de la dignidad y el potencial humanos. Ellos buscan transformar una visión moral en una realidad política, mediante la ayuda del Estado y la sociedad para su creación. Según este orden de ideas, Donelly entiende que los derechos humanos obligan tanto al Estado como a los particulares, en tanto ellos son los creadores de ese proyecto social.

La violación de cualquier derecho humano niega la naturaleza humana de la víctima, por cuanto sin el disfrute de los objetos sobre los cuales recaen los derechos humanos (las necesidades que protegen), la persona se verá alienada de su naturaleza moral.

Según mi parecer, la posición de Jack Donelly concreta un hecho sustancial de los derechos humanos: su naturaleza histórica como reivindicaciones sociales. Esto por cuanto, en ese proyecto social de la naturaleza moral humana, llevado a cabo por las convenciones sociales, no puede desconocerse la existencia de grupos que pugnan por el reconocimiento de ciertas prerrogativas tendientes a la transformación de su visión moral de la vida digna en realidad política.

¿De qué forma los instrumentos de derechos humanos que forman parte del sistema jurídico ecuatoriano, tienen la misma visión de Donelly?

La generalidad de los instrumentos de derechos humanos que integran el sistema jurídico del Ecuador, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, coinciden en que los derechos humanos tienen como fuente la naturaleza humana.

²³ *Ibidem*. Pág. 36.

²⁴ Si bien Donelly se refiere en la anterior cita a la naturaleza humana como proyecto social y don, debe entenderse que la vida digna es la concreción de las necesidades mínimas que buscan realizar los derechos humanos, y que todas esas necesidades forman la naturaleza humana. Por tanto, si la naturaleza humana es un proyecto social que se busca realizar por medio de los derechos humanos, también lo es la vida digna en tanto descripción del goce de todas las necesidades básicas de la naturaleza humana.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, sostiene en su considerando inicial que los Estados Americanos, en repetidas ocasiones, han reconocido que "...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..."²⁵. Entre esos atributos se encuentran la libertad, la igualdad y la dignidad, según el preámbulo del mismo Instrumento; sin embargo, se puede considerar que la libertad y la igualdad están comprendidas en la idea de dignidad, pues mientras la primera le sirve de fundamento, la segunda es su consecuencia.

Desde antaño ha quedado establecido como verdad irrefutable, y casi consensualmente en la mayoría de opiniones, que:

"la noción de derechos del hombre supone una concepción de orden metafísico. No basta una ideología cualquiera sobre el ente humano. Se impone un modo de pensar realmente metafísico, que capte la naturaleza humana en sus raíces más profundas (...) Basta una noción filosófica derivada de un concepto filosófico cierto y obtenido de la propia naturaleza objetiva del ente humano. Tal concepto nos representa al hombre como ente dotado de valor natural, de dignidad congénita..."²⁶.

Ese concepto es la dignidad humana, fundada en la naturaleza del ser humano, como ser libre y racional, cuya pertenencia en igual proporción a todos los seres humanos tiene como consecuencia la igualdad²⁷.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 1997. Pág. 19.

²⁶ Cita textual de José Soder. *Los Derechos del Hombre*. Compañía Editora Nacional. Sao Paulo – Brasil. 1960. Pág. 6, tomada de: ROMO, Carlos. *Los derechos humanos*. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil. Guayaquil – Ecuador. 1969. Pág. 12.

²⁷ Al tratar sobre la noción de la dignidad humana, he fundamentado este punto con la jurisprudencia constitucional colombiana. En nota al pie, es más, expongo un razonamiento que sustenta esa aseveración: la dignidad permite el acceso a los derechos humanos, y como es una cualidad que pertenece a todos los seres de la especie humana, permite que todos tengan el mismo tratamiento, los mismos privilegios, etc.

La libertad y la igualdad de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son categorías naturales, mientras que la dignidad es una categoría “axioontológica”²⁸ que sirve de sustrato para todos los derechos y tiene por fundamento la libertad.

Hay que dejar en claro, y para evitar confusiones, que así como la dignidad es el sustrato del que nacen los derechos humanos, la fuente de la que emanan, se suele sostener que la libertad, la dignidad e igualdad son los tres ejes fundamentales en torno a los que siempre se ha reivindicado los derechos humanos. Sin embargo, es muy distinto ser la fuente de la que emanan los derechos, que el eje desde el cual se pide su reconocimiento.

El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 recoge el mismo texto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues sostiene que los atributos de la persona humana son el fundamento de los derechos humanos²⁹.

El Pacto de San Salvador, introduce en el sistema interamericano, de manera expresa, una fundamentación del origen de los derechos humanos basada en la dignidad. Al respecto esta norma establece en su preámbulo: “...las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana...”³⁰.

La Declaración Universal de los Derechos de Humanos no establece de manera clara un fundamento de los derechos humanos, como lo hacen los instrumentos anteriores. En el

²⁸ Cita textual de ARDAO, Arturo, en “El hombre en cuanto objeto axiológico” (en *El Hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi*, UPRED, Ed. Universitaria, 1980, p. 73-74.), tomada de: BIDART, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. – México. 1989. Pág. 89. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=926>. Acceso: 10 de julio del 2010. Entiendo que este autor considera que la dignidad es una categoría axioontológica, en tanto es un valor y tiene que ver con el ser humano y sus características trascendentales.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Pág. 25.

³⁰ *Ibidem*. Pág. 61.

Art. 1 de ese instrumento se reconoce que los humanos nacen iguales en dignidad y libertad, y que tienen los atributos de la razón y la conciencia.

Por otro lado, en su preámbulo, dicho instrumento internacional sostiene que "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana..."³¹, por lo que establece como fin la concreción de los ideales de libertad, justicia y paz, y como medio para lograrlo, el reconocimiento de los derechos humanos y la dignidad del ser humano.

No obstante, a pesar de esa falta de claridad, los autores que interpretan la Declaración Universal de los Derechos Humanos aseguran que una de las características principales de la misma, es "su fundamentación en el principio filosófico – jurídico de dignidad de la persona humana, del que se derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad"³².

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su preámbulo, textualmente dice que los Estados convienen en sus artículos, reconociendo "...que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana".

En ese mismo sentido, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, y además, al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece que "...el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto"; es decir, no son los Estados los únicos obligados frente a los derechos, sino, también, los individuos en general.

³¹ NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>. Acceso: 4 de julio del 2010.

³² CASTAN, José. Ob. Cit. Pág. 142. También en el mismo sentido: SALDAÑA, Javier. *La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente*. Pág. 62. En: DÍAZ, L. CANTÓN, O. RODRIGUEZ, J. SALDAÑA, J. OLIVÉ, L. Et. Al. *Derecho a la no discriminación*. Coordinador: Carlos de la Torre Martínez. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México D.F. – México. 2006. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2312>. Acceso: 4 de julio del 2010.

Finalmente, el preámbulo de nuestra Constitución sostiene que el Ecuador ha decidido construirse como una sociedad que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y de las colectividades, y el Art. 84, en concordancia con el 11 numeral 7 de nuestra Constitución, parece hacer referencia a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos. Al respecto ese último artículo dice: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”. De esta manera, nuestra Constitución parece tomar una visión *iusnaturalista*, por lo que, para nuestro ordenamiento jurídico, no se puede adoptar ninguna concepción que vincule la vigencia de los derechos humanos con su previsión en la norma³³.

3.2. Breve noción acerca de la dignidad humana.

En nuestro ordenamiento jurídico la dignidad humana es, según mi criterio, tanto un valor como un derecho humano.

Es un valor, no exclusivamente por el hecho de ser considerado el fundamento de los derechos humanos, como demostré anteriormente, sino por haber sido constituido por el preámbulo de nuestra Constitución como un objetivo de la sociedad. En efecto, el preámbulo de la Constitución del Ecuador dice que la Asamblea Constituyente ha decidido construir una sociedad que respeta la dignidad de las personas y las colectividades en todas sus dimensiones, y que para ello, y otros fines, se dan como norma suprema la Constitución.

En ese sentido, la dignidad humana (tanto de las personas como de las colectividades) se convierte en un valor que trasciende lo axiológico y llega a lo normativo, pues erige la obligación positiva de carácter constitucional según la cual todos los ecuatorianos (tanto los servidores y funcionarios públicos como las personas particulares), según las

³³ Esta aseveración es discutible en todo caso, pues la cláusula abierta del Art. 11 numeral 7, está positivada. Se puede sostener, pues, que los derechos que deriven de la dignidad humana y que sean reconocidos en virtud de esa disposición, tienen vigencia por el reconocimiento expreso de la norma constitucional, más no por su derivación de este principio axiológico.

posibilidades fácticas y jurídicas, deben respetar en todas sus actuaciones públicas y privadas la dignidad humana.

La dignidad humana es un derecho fundamental, pues el Art. 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo considera así.

¿Pero, qué se entiende por dignidad humana? ¿Qué es la dignidad humana?

La dignidad humana implica la satisfacción de una serie de necesidades o exigencias mínimas para la vida de un individuo de la especie humana, tal como indiqué anteriormente al explicar el pensamiento de Jack Donnelly. En cada sociedad y aún según cada individuo, existirá una concepción distinta sobre la dignidad humana. Cada cual planteará las exigencias básicas, que según su pensamiento conforman el contenido de la dignidad.

Es por eso que no se puede definir a la dignidad humana mediante la especificación de las condiciones que la integran, pues el contenido de este concepto siempre será indeterminado.

Robert Alexy, consciente de este problema, sostiene que existe un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad humana³⁴. Según él, al conceptuar a la dignidad mediante una fórmula general, como aquella que dice que la dignidad implica que ninguna persona sea tratada como un objeto, es fácil hallar un consenso; mientras que al definirla como un conjunto conformado por la concurrencia de ciertas condiciones o la exclusión de otras indeseables, siempre habrá discordancias³⁵. Por lo tanto, lo justo es utilizar fórmulas generales para definir a la dignidad humana.

Esto no significa que es imposible precisar el contenido de la dignidad humana, pues las exigencias contenidas en las distintas concepciones de la dignidad se pueden clasificar en unas pocas categorías, según sus semejanzas.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 311-312.

³⁵ *Ibidem*. Pág. 312.

Al dar una noción sobre la dignidad, las Cortes y Tribunales Constitucionales recurren generalmente al pensamiento de Immanuel Kant³⁶, por eso expondré primero el porqué de la dignidad humana según ese Autor, para luego concretar el criterio desarrollado por esos órganos.

3.2.1. Concepto.

³⁶ Kant no ha sido el único pensador que ha buscado explicar el fundamento y el concepto de la dignidad humana, en la Edad Media ya existía una noción sobre este concepto, y es más era muy similar a la del filósofo alemán. Según la doctrina, en obras como el *Discurso sobre la dignidad humana* de Giovanni Pico de Mirandola (1486) y la *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino, existe una noción de la dignidad del hombre como una participación de la dignidad de Dios. Según el pensamiento de esos autores, el hombre es libre y soberano para plasmarse y esculpirse como él quiera, porque Dios se lo permite, y porque habiendo sido creado a imagen y semejanza de Dios, su vocación es parecerse más a su creador. A diferencia de él, los animales se encuentran presos en su instinto y no pueden determinar su destino como lo hacen los hombres: con su razón. El hombre tiene la libertad que le ha sido dada por Dios, y con ella puede sobajarse o enaltecerse, degenerar en los seres inferiores que son las bestias, o regenerarse en las realidades superiores que son divinas. Eso es su responsabilidad. Cfr. SALDAÑA, Javier. Ob. Cit. Pág. 59. El avance de Kant frente a esos pensadores antiguos, fue su visión secular de la dignidad. No obstante, en la actualidad se ha seguido desarrollando la bibliografía al respecto; es así que pensadores como Francis Fukuyama han dado un nuevo desarrollo sobre el concepto de la dignidad. Este autor considera que la dignidad deriva de la naturaleza del ser humano, en tanto ser complejo y misterioso, en el cual confluye una serie de cualidades como la elección moral, razón, lenguaje, sociabilidad, sensibilidad, emociones, conciencia, etc., que se relacionan entre sí mediante complejas interacciones, a tal punto que no pueden existir sin las demás. Cfr. FUKUYAMA, Francis. *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*. Traducción de Paco Reina. Primera edición. Ediciones B, S.A. Barcelona – España. 2003. Págs. 276-277. La posición de Fukuyama no descarta el pensamiento de Kant, sino que lo complementa. Esta parece ser la visión actual y correcta sobre la dignidad, pues los autores en general coinciden en que la dignidad es un estado moral que los seres humanos poseen en virtud de su humanidad, por lo que no se la puede ligar exclusivamente con la capacidad de autonomía como capacidad que establece la diferencia entre animales y hombres, sino también con la decisión de autogobernarse, la capacidad de proponerse metas valiosas y revisarlas críticamente, la capacidad de sopesar máximas individuales para compararlas con leyes universales y otras cualidades cuyo conjunto sí marca en realidad la diferencia entre los seres humanos y los demás seres vivientes. Cfr. Red de Promotores de Derechos Humanos. *Derecho a la vida*. Defensoría del Pueblo de Colombia. Bogotá, Colombia. 2001. Pág. 25. En este trabajo me acojo al pensamiento de Kant por ser el más difundido por la jurisprudencia constitucional, sin embargo comparto el pensamiento de Fukuyama. Al respecto puede meditararse con la película *El hombre bicentenario*, en la cual el actor Robbie Williams encarna el papel de un robot que durante el transcurso de los años lucha por hacerse humano. La biotecnología le permite primero lograr una apariencia humana, pero no es considerado como persona; luego también logra tener sensaciones como el calor, frío, el sabor de las comidas, pero tampoco es considerado persona; finalmente, con el transcurso de los años, logra todas las cualidades que singularizan al ser humano – inclusive logra tener sentimientos y sentir el amor -, es entonces cuando un tribunal decide declararlo persona.

Según Kant "...el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin y no simplemente como medio arbitrario de tal o cual voluntad..."³⁷. El hombre³⁸ "...en todas sus acciones, ora se refieran a sí mismo, ora a los demás seres racionales, debe ser considerado siempre como fin."³⁹.

Según el filósofo alemán:

"Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, si no son racionales, tampoco tienen más que el valor relativo de medios, y por esto se les llama cosas; en tanto que, por el contrario, se da el nombre de personas a los seres racionales, porque su naturaleza misma crea en sí sus fines, esto es, algo que no debe emplearse como medio, y que, por consiguiente, restringe un tanto la libertad de cada uno (y es para ella un objeto de respeto)."⁴⁰.

Es conforme a este principio que Kant establece otro por el cual sostiene que la voluntad en todo ser racional obra como legisladora universal. A este principio lo denomina: autonomía de la voluntad⁴¹. Según él, la voluntad se somete a una ley en tanto sea ella misma su autora, y esa ley se plantee como una ley universal por ser racional⁴², no por otro motivo más; ni los intereses ni los fines que se satisfagan con esa conducta importan, pues la autonomía es "...la propiedad que tiene esta facultad [la voluntad] de tener en sí misma su ley (independientemente de la naturaleza de los objetos del querer)."⁴³.

³⁷ KANT. Immanuel. *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*. S/e. Madrid – España. 1881. Pág. 81. Kant llega a esta conclusión luego de exponer qué es el imperativo categórico, pues sostiene que si hay algo que constituye el fundamento de ese imperativo es un ser que sea considerado un fin en sí mismo, cuya existencia tenga un valor propio, es decir, el hombre como en la cita concluye. Cfr. *Ibídem*. Ídem.

³⁸ Utilizo la palabra hombre en esta parte, para designar al individuo de la especie humana. Estoy consciente que el uso de esa palabra con ese fin pugna con el lenguaje de género respetuoso de los derechos humanos, pero trato de ser fiel al vocabulario de Kant y por tal motivo utilizo este vocablo.

³⁹ KANT. Immanuel. *Ob. Cit.* Pág. 81-82.

⁴⁰ *Ibídem*. Pág. 82.

⁴¹ *Ibídem*. Ídem.

⁴² *Ibídem*. Pág. 88.

⁴³ *Ibídem*. Pág. 106. De acuerdo con este principio, los fines y los intereses que se satisfagan con la ley por la cual la voluntad ha decidido determinarse, en nada importan al momento de someterse a ella. Tan sólo importa que ésta ley provenga de ella misma y que sea universal debido a su racionalidad. Kant nos da un ejemplo para comprender esta precisión: una ley que no denota autonomía sería la siguiente: "no debo mentir, porque no quiero perder mi reputación", mientras que la misma ley adoptada con autonomía sería la siguiente: "no debo mentir aún cuando

Cuando la persona se somete a una ley que no proviene de la propia voluntad, existe un atractivo o una coacción exterior, es decir, un interés ajeno que le inclina a ejecutar esa ley, puesto que al no derivar de su voluntad, la persona necesitaría de alguna otra cosa para verse obligada a actuar de cierto modo⁴⁴. Entonces, cuando una persona se somete a una ley ajena se convierte en medio para un fin que no le es propio: el interés de un tercero que le inclina a obrar del modo que prescribe la ley. De este modo, si una persona no es autónoma se cosifica, se reduce a objeto y pierde su calidad de persona.

Es por eso, que Kant sostiene que la dignidad de la humanidad deriva de la autonomía de la voluntad. La naturaleza racional, independiente de todo fin por alcanzar o ventaja por obtener es lo que le da sublimidad a la especie humana⁴⁵. En palabras de Kant: "...la dignidad de la humanidad precisamente consiste en esa propiedad que tiene de dictar leyes universales pero con la condición de someterse a ellas por sí misma."⁴⁶.

La dignidad humana coloca a las personas por encima de todo el resto de seres vivos. Existe esta cualidad de supremacía en ellos, por ser los únicos que poseen la capacidad real de "...trascender al determinismo natural y las reglas normales de la causalidad..."⁴⁷; sólo ellos tienen libre albedrío.

En la jurisprudencia constitucional internacional, de una u otra forma se ha hecho eco del pensamiento de Kant. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la dignidad humana "...es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que

la mentira no me ocasione el menor daño". La segunda es un imperativo en cuanto proviene de la voluntad misma y se plantea como algo razonable, y por tanto, como una ley universal; la primera se debe a representaciones de la razón, y por lo tanto, no denota autonomía sino heteronomía. La heteronomía existe cuando la voluntad busca darse una ley para determinarse, fuera de la aptitud de sus propias máximas, en la naturaleza de alguno de sus objetos, pues entonces, "...no es la voluntad quien se da su ley a sí misma, sino el objeto quien se la da por su relación con ella.". La ley moral, que es autónoma siempre, tiene imperativos categóricos: "debo obrar así aún cuando no quiera nada"; en la heteronomía existen imperativos hipotéticos: "debo hacer esto porque quiero aquello.". Cfr. *Ibidem*. Pág. 108.

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 91.

⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 103.

⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 105.

⁴⁷ FUKUYAMA, Francis. Ob. Cit. Pág. 245.

lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.”⁴⁸. La Corte Constitucional de Colombia, por su parte, ha considerado que la dignidad es “...la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo.”⁴⁹; y, que ella “...se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es ‘un fin en sí misma’.”⁵⁰.

También la Corte Constitucional colombiana ha considerado un punto importantísimo sobre el concepto de la dignidad humana: la dignidad “...es un atributo de la persona y, en cuanto tal, todos tienen derecho a que sean tratados conforme a esa dimensión específicamente humana.”⁵¹.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia STC 53/1985 de 11 de abril de 1985*. FJ No. 8. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053. Acceso: 5 de julio del 2010. En un sentido similar, aunque con referencia al derecho a la propia imagen y su vinculación con la dignidad humana, se pronuncia en la sentencia 23/2010. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia 23/2010 de 27 de abril de 2010*. FJ No.4. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9864>. Acceso: 4 de julio del 2010. Es más, la vinculación del pensamiento de este Tribunal con el de Kant se hace patente cuando en sus sentencias dice expresamente, utilizando las palabras del filósofo alemán, que las torturas atentan contra la dignidad humana "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo". Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia 34/2008, de 25 de febrero de 2008*. FJ No.5. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9460>. Acceso: 4 de julio del 2010.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-111/06 de 22 de febrero del 2006*. F.J. No. 22. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-111-06.htm>. Acceso: 5 de julio del 2010.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-556/98 de 6 de octubre de 1998*. FJ No. 2. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-556-98.htm>. Acceso: 1 de julio del 2010.

⁵¹ Cita textual de la sentencia T-124/93, tomada de: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-881/02 de 17 de octubre del 2002*. FJ No. 27. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>. Acceso: 1 de julio del 2010. Kant, al observar que el imperativo categórico traía la consecuencia de tratar a las personas como medios para fines ajenos, y por tanto como cosas, reformuló el fundamento de ese imperativo que había sido expresado como el hombre es un fin en sí mismo, en el siguiente imperativo práctico: “...obra de tal modo que trates siempre a la humanidad, ya en tu persona ya en la de las demás, como un fin, y nunca te sirvas de ella como de un medio”. Cfr. KANT. Immanuel. Ob. Cit. Pág. 84. Sin embargo la Corte Constitucional colombiana va más allá, pues sostiene que existe el deber de tratar a las demás personas como seres dignos, lo cual incluye además de no ser considerados

Conforme todos estos pensamientos, se puede concluir que la dignidad humana es una cualidad compartida universalmente por todos los individuos de la especie *homo sapiens*⁵², pues al ser inmanente a todos ellos, les pertenece por igual. Esta cualidad deriva de la autonomía de la persona, en tanto ser racional y responsable capaz de dirigir su destino conforme su propia voluntad; y, otorga a todos los seres humanos el derecho de no ser considerados como medios sino como fines en sí mismos, y a recibir un trato de acuerdo a su característica intrínseca de seres dignos.

3.2.2. ¿Cuál es el contenido de la dignidad humana?

Aún cuando el contenido de este concepto es indeterminable, es posible clasificar en categorías las exigencias dadas por las distintas concepciones existentes sobre la dignidad, como ya indiqué. El mérito de esa empresa es de la Corte Constitucional colombiana, quien ha concretado tres ámbitos de protección de la dignidad humana⁵³: 1) la autonomía y posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera); 2) el disfrute de ciertas condiciones materiales de vida (vivir bien); y, 3) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, la integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). No obstante, como la misma Corte aclara, esos puntos no forman una postura definitiva y restringida del objeto protegido con la dignidad humana⁵⁴.

La dignidad protege la autonomía personal en el primer ámbito, pues de manera evidente existe una marcada relación entre la autonomía y la dignidad humana, si se entiende que ésta es un atributo de las personas derivado de la facultad de darse normas propias conforme a las cuales determinar su existencia⁵⁵. En síntesis: porque las personas son dignas pueden elegir un plan de vida y determinarse por él.

como medios para fines ajenos, darles una vida digna, no someterles a tratos inhumanos, etc.; es decir, no sólo respetar su autonomía.

⁵² SALDAÑA, Javier. Ob. Cit. Pág. 69.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-881/02*. Ob. Cit. F.J. No. 10.

⁵⁴ *Ibíd.* Ídem.

⁵⁵ Sobre este particular véase el apartado correspondiente al libre desarrollo de la personalidad y su relación con la dignidad humana.

En el segundo ámbito de protección, la dignidad humana se manifiesta en una forma de vida dotada de ciertas condiciones materiales de existencia. Según la Corte Constitucional Colombiana, esto se debe a que la dignidad tiene entre sus desarrollos el derecho a la igualdad⁵⁶, y éste derecho exige que se garantice a todos los seres humanos un mínimo de equidad. Por lo tanto, como toda persona tiene derecho a la igualdad de oportunidades, es obligatorio que se compense aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad que les impida acceder a los medios materiales efectivos para hacer valer su dignidad en igualdad⁵⁷. La obligación del Estado frente a ese ámbito de protección de la dignidad, consiste en crear esas condiciones de vida digna y velar por su consecución⁵⁸.

Finalmente, la integridad personal y espiritual forma parte del tercer ámbito de protección de la dignidad humana, porque es el sustento imprescindible para la realización de un plan de vida, según la Corte⁵⁹, pues: ¿cómo podría una persona alcanzar sus sueños si se le disminuye espiritual o físicamente?

Ese órgano colegiado también ha señalado, que la dignidad implica una protección contra la violencia física y moral, y la mínima disminución del cuerpo y el espíritu, en tanto, el derecho a la vida es una manifestación directa del principio de la dignidad, y la integridad

⁵⁶ Creo que la Corte deduce esta aseveración en base al siguiente razonamiento: la dignidad es el presupuesto para la existencia y el reconocimiento de los derechos humanos, y en tanto es una cualidad universal - pues pertenece a todos los miembros de la especie humana -, garantiza a todas las personas el acceso a los mismos derechos humanos, en igual proporción y de la misma manera. De la dignidad, por tanto, se deriva una igualdad en derechos que manda a dar las mismas condiciones de vida, las mismas posibilidades a los grupos desafortunados. En un sentido similar, Francis Fukuyama dice que la cuestión de la dignidad humana se relaciona con la exigencia de los seres humanos de que sus pares les reconozcan dignidad como individuos o miembros de grupos de cualquier naturaleza. Dicho reconocimiento no es económico, sino de respeto; lo que se quiere es que "...se reconozca su situación de igualdad como miembros de grupos de antaño infravalorados o poco respetados: mujeres, gays, ucranianos, minusválidos, americanos nativos, etc.". "Lo que la exigencia de igualdad de reconocimiento implica es que, cuando se despoja a una persona de todas las características contingentes y accidentales, perdura en ella cierta cualidad humana esencial que merece un grado mínimo de respeto.": su dignidad. Cfr. FUKUYAMA, Francis. Ob. Cit. Pág. 242 – 243. Una vez reconocidos como iguales, se merecen los mismos privilegios, las mismas condiciones de vida.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia No. T-124/93 de 29 de marzo de 1993. F.J. No. 6. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-124-93.htm>. Acceso: 6 de julio del 2010.

⁵⁸ *Ibidem*. F.J. No. 14.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-881/02. Ob. Cit. F.J. No. 16.

física y moral son prolongaciones de la vida⁶⁰. Esto es como una cadena de consecuencias, pues un daño a la integridad física atenta contra la vida, y un daño a la vida atenta contra la dignidad humana, ya que este derecho es una manifestación de aquella.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-645/96 de 26 de noviembre de 1996*. F.J. No. 4. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-645-96.htm>. Acceso: 6 de julio del 2010.

CAPÍTULO II

LOS OBLIGADOS FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS.

I. Derechos como expectativas.

Al reconocer a un derecho humano como un derecho subjetivo, se le da un contenido específico: el derecho humano consiste en una expectativa positiva o negativa, o en ambas. A esas expectativas de la persona, implícitamente están vinculadas obligaciones de terceros. A una expectativa positiva, una obligación positiva, y a una expectativa negativa, una obligación negativa⁶¹.

¿Cuáles son esos obligados? ¿En qué consisten sus obligaciones? Estas dudas serán desvanecidas a continuación.

II. La ruptura con la concepción del liberalismo clásico⁶².

Según la antigua concepción del liberalismo clásico, el Estado regulaba sus relaciones con los particulares, en el ámbito de lo público, en base a tres principios: la libertad de todos sus miembros como seres humanos; su igualdad ante la ley, respecto de los demás; y, su independencia de todos los miembros de la sociedad.

Para establecer esa regulación, el Estado reconocía derechos humanos que podían ser ejercidos por las personas, para reclamar una abstención del poder público frente a

⁶¹ Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*. Pág. 57. En: FERRAJOLI, Luigi. BACCELLI, Luca. BOVERO, Michelangelo. GUASTINI, Riccardo. JORI, Mario. PINTORE, Ana. Et. Al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid, España. 2009.

⁶² Cfr. DE VEGA GARCIA, Pedro. *La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der grundrechte*. En: BREWER, Allan. FABREGA, Jorge. FAIREN, Víctor. FIGUERUELO, Ángela. FIX – ZAMUDIO, Héctor. GARCIA BELAUNDE, Domingo. Et. Al. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. Primera edición. Universidad Autónoma de México. México D.F. – México. 1992. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=685>. Acceso: 9 de febrero del 2010.

cualquier intromisión en las esferas de libertad que cada uno de esos derechos humanos comprendían.

El cometido de estos derechos era, por tanto, lograr que en la sociedad reine la libertad, la igualdad formal, y la independencia de todos sus miembros.

Además, frente al estatuto que organizaba las relaciones de los ciudadanos con el Estado (el catálogo de derechos humanos), se creó un estatuto para que regule las relaciones entre los particulares (el Código Civil). Como correlato del reconocimiento de los derechos humanos en lo público, en el ámbito de lo privado el Estado creó una legislación basada en tres principios: la generalidad de la ley, la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, y la autonomía de la voluntad privada.

De este modo, la Ley daba vida a relaciones entre seres libres, autónomos e iguales. La Ley amparaba estos principios.

Sin embargo, ese modelo estatutario de organización de las relaciones entre los particulares entró en crisis, pues la sociedad burguesa a la que estuvo destinada, mutó en la sociedad corporatista del presente, con nuevos fenómenos sociales producidos en su lecho. Esa crisis se evidenció en la ruptura de los principios que sirvieron de fundamento en su creación.

Así, la generalidad de la ley fue desobedecida, pues, debido a las presiones de los grupos de la sociedad corporatista, se crearon normas *ad hoc* y no previsiones generales, como manda ese principio⁶³; la igualdad ante la Ley fue demolida por la supremacía del

⁶³ Gustavo Zagrebelsky trata sobre el tema de la reducción de la generalidad y abstracción de las leyes, y sostiene que la característica de la época actual es precisamente la "...<<pulverización>> del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, <<de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción>>, hasta el extremo de las leyes-media y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención <<regulativa>> en sentido propio: en lugar de normas, medidas.". Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducido por Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2009. Pág. 37. Según Zagrebelsky, la reducción de los caracteres clásicos de la ley se debe a las características de nuestra sociedad, en la cual han surgido una serie de grupos y estratos sociales que participan en la formación de las leyes, exigiendo tratamientos normativos diferentes (para cada situación normas adecuadas a sus particularidades, lo cual ha generado una serie de legislaciones destinadas específicamente a los sectores); y, contractualizando los

poder de los grupos, de tal forma que, ciertos individuos, fueron víctimas de normas que los trataban desigualmente; y, la autonomía de la voluntad privada quebró, por la asimetría en las relaciones contractuales, producida por la existencia de poderes privados.

La fundamentación liberal del Estado, con el advenimiento de un nuevo tipo de sociedad, evidenció tanto una limitación de la ley para hacer valer los principios y valores constitucionales, como una incapacidad de los principios de autonomía, igualdad formal ante la ley y generalidad de la ley, para servir de mecanismos al servicio de la libertad.

De esta forma, si bien el Estado liberal supuso la asunción de la libertad frente al despotismo estatal, el advenimiento de la sociedad corporatista llevó a los seres humanos a estar sumisos ante los poderes privados, que no sólo actuaban desde la esfera de lo particular sino desde todos los escalones de la pirámide del poder político.

“Porque la sociedad moderna es una sociedad corporatista, que por establecer situaciones de privilegio da lugar a la creación de auténticos poderes privados (Lombardi), sólo ficticiamente cabe seguir manteniendo la tesis de que su estatuto jurídico continúa siendo el mismo que el de la sociedad liberal clásica.”⁶⁴, según Pedro de Vega García.

El problema de los derechos humanos y la libertad se trasladó, así, de ser un tema relacionado con el Estado a ser uno vinculado con la sociedad civil. Se entendió que no sólo el Estado puede conculcar los derechos humanos, sino también los poderes privados.

contenidos de las leyes. Este último fenómeno se debe a que las normas que se dictan en los Congresos dependen del poder que los partidos políticos, los grupos de presión, sindicatos, y otros actores sociales tengan. Ellos negocian el contenido de las leyes, y cuando uno de esos actores sociales adquiere más fuerza que sus contrarios, rompe el acuerdo realizado y modifica nuevamente el contenido de esas normas a su conveniencia, haciendo que las leyes duren corto tiempo. Cfr. *Ibidem*. *Ídem*.

⁶⁴ DE VEGA GARCIA, Pedro. Ob. Cit. Pág. 414

III. La eficacia de los derechos humanos entre los particulares y sus tres teorías⁶⁵.

La doctrina de la *Drittwirkung der grundrechte*, eficacia entre los particulares o eficacia horizontal de los derechos humanos, supuso la ruptura con la clásica concepción liberal. Los derechos humanos dejaron de ser vistos exclusivamente como garantías de no intervención estatal, y el Estado como el único obligado a su respeto.

Actualmente, según esta nueva doctrina, se considera que los particulares también están obligados a respetarlos para asegurar su efectividad. Sin embargo, quienes son partidarios de la eficacia horizontal, difieren en considerar si esa efectividad se produce de manera directa (2) o indirecta (1), o si es fruto del efecto producido por medio de los derechos frente al Estado (3). Se distinguen, por tanto, entre quienes sostienen la *Drittwirkung*, tres teorías sobre la eficacia horizontal de los derechos humanos.

(1) Los partidarios de la *Drittwirkung mediata o indirecta*, conscientes de que es en el campo de la sociedad donde la realización de los derechos humanos se concreta, dejando de ser simples afirmaciones retóricas; y, conservando la estructura del estatuto del Estado liberal para las relaciones entre particulares, consideran que si bien los derechos humanos tienen una eficacia directa frente al Estado, son eficaces indirectamente ante los particulares.

Los derechos humanos son, según ellos, valores iusfundamentales, decisiones valorativas, normas objetivas, un orden axiológico objetivo⁶⁶ o principios objetivos⁶⁷ que

⁶⁵ Ibídem. Págs. 415-423; y, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tr. por Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2008. Pág. 465-472.

⁶⁶ Así la Corte Constitucional de Karlsruhe ha considerado: “Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional Federal, las normas en que se plasman los derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos reaccionales del individuo frente al Estado, sino que a un mismo tiempo incorporan un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del Derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia”. Cita textual tomada de NOGUEIRA, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Editorial Universidad de Talca. Talca, Chile. 1997. Pág. 132, y éste a su vez de: STEM, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la RFA*. En Revista del Centro de Estudios Constitucionales. No. 1. Septiembre – diciembre 1988. Madrid, España.

influyen en la interpretación del Derecho privado así como lo hacen en todo el sistema jurídico, pues, en tanto forman parte del Derecho Constitucional, irradian hacia todos los ámbitos del Derecho y otorgan directrices a la legislación, la administración y la judicatura.

Según esta posición, la paladina de la eficacia horizontal es la ley, pues los derechos humanos son reivindicados frente a los particulares por medio de las previsiones contenidas en ella. Contribuye a esa eficacia la actividad del juez que interpreta las normas de Derecho privado conforme mandan los principios establecidos por los derechos humanos; llena los vacíos de la ley, nutriendo el contenido y significado de las cláusulas generales (aquellas normas que apelan a las buenas costumbres, la buena fe, el orden público), como si fueran normas en blanco, según cada una de las previsiones de los derechos humanos; y, en casos especiales, justifica sus decisiones según los dictados de los derechos humanos, aún cuando contradigan el texto de la ley.

Los derechos humanos se ejercen indirectamente a través de la ley y la actividad del juez. De esta manera, no se renuncia al dogma de la libertad establecido a través de la autonomía de la voluntad del estatuto de los particulares y se da socialmente valor a los derechos humanos.

(2) La *Drittwirkung inmediata o directa*, aceptada por la dogmática constitucional dominante, sostiene que los derechos humanos informan las relaciones entre particulares y son un límite a la autonomía de la voluntad privada.

La eficacia de las normas de derechos humanos en el Derecho privado resulta, para quienes sostienen esta tesis, de su propiedad como Derecho Constitucional objetivo vinculante. De esta forma, a diferencia de la tesis de la eficacia indirecta, según la teoría

⁶⁷ En tanto deben ser entendidos con abstracción de lo subjetivo, objetivamente, es decir, sin considerar el titular del derecho, el destinatario del derecho u obligado, y determinadas peculiaridades de su objeto (como por ejemplo en el derecho a la libertad de expresión, entendido como un derecho frente al Estado, se sostiene que existe un deber de omisión del Estado frente al sujeto. Este deber debe entenderse como un deber no relacional sino como un simple deber; como un deber no sólo del Estado sino de todas las personas.). Cuando los derechos humanos son entendidos como principios objetivos, pasan de ser derechos frente al Estado a ser simples dictados del deber ser. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 465 – 466.

de la eficacia directa, los derechos humanos no influyen en la interpretación de las normas de derecho privado, sino que, de ellos fluyen directamente derechos privados subjetivos de un individuo hacia otro; es decir, los derechos humanos mantienen al Estado como su destinatario y fluyen de sus previsiones derechos a tales cosas y no derechos a tales cosas, a favor de los particulares⁶⁸.

Para quienes sostienen la teoría de la eficacia directa, los derechos humanos tienen un efecto absoluto, pues gozan de un efecto jurídico "...directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes – sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas- o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación."⁶⁹

(3) Finalmente, quienes sostienen que la eficacia horizontal de los derechos humanos se debe a *un efecto producido por medio de derechos frente al Estado*, argumentan que el Estado al imponer un sistema de Derecho privado, participa de las afectaciones que se puedan dar en este sistema a los derechos humanos de un ciudadano, por parte de otro ciudadano. Estas afectaciones se entienden, de este modo, como intervenciones estatales producidas por los particulares, que por lo tanto pueden ser imputadas al Estado. Por ello, según los partidarios de esta posición, el problema de la eficacia frente a particulares de los derechos humanos, se soluciona reconociendo a los derechos humanos como derechos de status negativo frente al Estado.

Ésta teoría se dirige tanto al juez como al legislador, pues son éstos quienes deben evitar la responsabilidad estatal mediante sus normas.

El fallo de un juez puede violar el derecho constitucional objetivo, irrespetando la influencia de los derechos humanos en las normas de Derecho privado, pero también un derecho humano, emitiendo una sentencia en su calidad de integrante del poder público,

⁶⁸ Un individuo tendrá un derecho a la propiedad frente a otro, porque la Constitución lo prevé respecto al Estado; pero no tendrá un derecho a matar a otra persona, pues la Ley Fundamental ha estatuido el derecho a la vida.

⁶⁹ Cita textual del autor Nipperdey, tomada de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 470, y éste a su vez de NIPPERDEY, H.C. *Grundrecht und Privatrecht* en F Schr. F. E. Molitor, editado por H. C. Nipperdey. Munich. Berlín.1962. Pág. 24.

pues, el ciudadano tiene el derecho constitucional de que el poder judicial respete sus derechos.

Según esta explicación, si un juez sentencia a una persona a que se abstenga de dar declaraciones, vulnerando su derecho a la libertad de expresión, el Estado es responsable de esa afectación, pues el juez, en ese caso, vulneraría un derecho de status negativo: el derecho del ciudadano a que el Estado no intervenga limitando su libertad de expresión.

Entonces el juez debe evitar esta actuación y no generar responsabilidad estatal.

IV. El modelo de los tres niveles de la eficacia horizontal.

Las tres teorías de la eficacia horizontal de los derechos humanos, según Alexy, tan sólo difieren en un sentido: ofrecen determinados aspectos de las complicadas relaciones jurídicas que caracterizan los casos de efectos entre terceros de los derechos humanos. De esta manera, tan sólo un modelo que acoja los tres aspectos propuestos por estas teorías, será adecuado⁷⁰.

Un modelo tal supone tres niveles sin jerarquía, que se implican recíprocamente. Estos tres niveles son: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos de Derecho privado⁷¹.

La teoría de la eficacia indirecta entre terceros constituye el primer nivel del modelo, según el cual el Estado tiene el deber de tener en cuenta las normas de derechos humanos tanto en su legislación civil como en su jurisprudencia; así por ejemplo, el juez debe examinar si las normas de Derecho Civil que tiene que aplicar a un caso concreto, deben ser modificadas por las previsiones de las normas de derechos humanos; y, si este es el caso, debe interpretarlas y aplicarlas teniendo en cuenta las modificaciones que de la aplicación de esas normas constitucionales resulte.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 472.

⁷¹ *Ibíd.* Págs. 472 – 481.

El segundo nivel establece que los ciudadanos tienen el derecho constitucional a que los poderes públicos respeten sus derechos humanos; y, a que los protejan frente a las afectaciones que provengan de terceros.

De esta forma, se establece que un juez puede violar un derecho humano mediante una sentencia, en tanto titular de un poder público, estableciendo un mandato o una prohibición que vulnere el derecho constitucional de status negativo que obliga al Estado a respetar los derechos humanos. Este es el aspecto aportado por la teoría de la eficacia por medio de derechos frente al Estado.

Esta teoría, según Robert Alexy⁷², debe ser perfeccionada considerando que un juez puede vulnerar no sólo derechos de status negativo, sino también los de status positivo que imponen el deber de protegerlos frente a las afectaciones de los particulares. Así, un juez mediante una sentencia que establezca un permiso que desampare a un derecho humano, violaría este derecho constitucional. En este sentido, surgiría el derecho a ser protegido por los poderes públicos de las afectaciones de terceros.

El tercer nivel del modelo implica que en las relaciones entre los particulares existen determinados derechos y no derechos de los ciudadanos (es decir, tanto unas facultades amparadas por ellos, como otras que no lo están). Estos derechos y no derechos fluyen de las normas de derechos humanos, aplicando tanto la teoría del efecto indirecto entre terceros como la del efecto entre terceros por medio de los derechos frente al Estado.

En fin, las tres teorías de la *Drittwirkung der grundrechte* forman parte de un solo todo, y no son excluyentes, como se podría pensar, sino que por el contrario se implican entre ellas.

Así, por ejemplo, la teoría del efecto indirecto tiene como consecuencia un efecto directo entre terceros, según Alexy, y esto se entiende si se medita en el siguiente caso conocido por la judicatura alemana, que juzgó el llamado que había realizado la Editorial Springer

⁷² Ibídem. Págs. 474 - 476.

para que los comerciantes de diarios y revistas realicen un boicot contra la revista Blinkfüer:

“El Tribunal Constitucional Federal comienza con la constatación de que el orden objetivo de valores que subyace a la sección de derechos fundamentales influyen en la pregunta de qué es lo que resulta contrario a derecho (...) Esto corresponde a la teoría del efecto indirecto entre terceros. El Tribunal de Justicia Federal había llegado a la conclusión de que el llamado boicot de la Editorial Springer no era contrario a derecho. Esto significaba que el editor de <<Blinkfüer>> no tenía frente a la Editorial Springer ningún derecho a que ésta omitiera su llamado al boicot (...) De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, los principios de derecho fundamental exigen justamente el resultado opuesto. Esto significa que, *sobre la base* de los principios de derecho fundamental, existe un derecho del editor de <<Blinkfüer>> frente a la Editorial Springer a que omita el llamado al boicot. Por lo tanto, los principios de derecho fundamental conducen a derechos y deberes en las relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían”⁷³.

Mediante el mismo ejemplo, se puede constatar cómo la eficacia directa de los derechos humanos surge como consecuencia de la teoría del efecto entre terceros por medio de los derechos frente al Estado. Decir que el Tribunal de Justicia Federal vulneró el derecho del editor de Blinkfüer a una protección de sus derechos en la relación entre iguales, implica asegurar que no tomó en cuenta el derecho humano que fundamentaba esa posición. Esto presupone, tácitamente, un derecho del editor frente a la Editorial a la omisión del boicot, que surge de las exigencias del derecho fundamental⁷⁴.

v. La eficacia horizontal de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por la brevedad que supone este trabajo, no me detengo a precisar las minucias sobre la polémica eficacia horizontal de los derechos humanos. Tan sólo téngase en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico adopta la teoría de la *Drittwirkung* expresamente, ya que la Constitución ecuatoriana faculta el ejercicio de la acción de protección frente a

⁷³ Ibídem. Pág. 478.

⁷⁴ Ibídem. Pág. 478-479.

particulares, en determinados casos; el Art. 83 numeral 5 contempla como deber de los ecuatorianos respetar los derechos humanos y velar por su cumplimiento; y, el Art. 83 numeral 1 recoge el deber de los ecuatorianos de acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones de autoridad competente⁷⁵.

Es más, el nuevo paradigma de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, acogido por nuestra Ley Fundamental, implica, según Ramiro Ávila Santamaría, que "...todo poder, público y privado, está sometido a los derechos."⁷⁶; "...en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente."⁷⁷.

Pero no sólo la legislación tiene ese criterio, sino también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos criterios que informan nuestro sistema jurídico, pues éste órgano ha considerado que "...se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los

⁷⁵ El Tribunal Constitucional peruano ha hecho un razonamiento similar, fundándose en una norma de su constitución que establece como deber de los peruanos respetar la Constitución. Este Tribunal también ha sostenido que la eficacia *inter partes* deriva del reconocimiento de la dignidad humana; en ese sentido se pronunció de la siguiente forma: "...el efecto horizontal o *inter privados* que detentan los derechos fundamentales no sólo se deriva del artículo 38º de la Constitución, sino también del principio dignidad (artículos 1º y 3º de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas, y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales.". Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. *Sentencia 5215-2007-PA/TC de 18 de agosto del 2009*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05215-2007-AA.html>. Acceso: 1 de julio del 2010; y, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. *Sentencia 1848-2004-AA/TC de 26 de agosto del 2004*. Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>. Acceso: 1 de julio del 2010. Si se adopta como cierto el pensamiento de este Órgano, el sustento de la eficacia horizontal de los derechos humanos en nuestro sistema jurídico estaría constituido también por las normas respectivas de la Convención Americana de Derechos Humanos que imponen el respeto de la dignidad humana, y el preámbulo de nuestra Ley Fundamental que sostiene que el Ecuador se constituye como una sociedad respetuosa de la dignidad y que para ello se da la Constitución.

⁷⁶ ÁVILA, Ramiro. *Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia*. Pág. 29. En: AVILA, R. DÁVALOS, M. SILVA, C. MORALES, J. PÉREZ, N. Et. al. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Primera edición. Editor ÁVILA Ramiro. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008.

⁷⁷ *Ibidem*. Ídem.

Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*) (...) los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.”⁷⁸.

VI. Las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos en general.

Si bien la *Drittwirkung der grundrechte* supuso un cambio de concepción respecto de los obligados frente a los derechos humanos en general, no descartó la idea de que el Estado es el principal obligado frente a ellos, según se consideró desde un principio, sino que únicamente mostró una perspectiva distinta desde la cual lo eran también los particulares.

Los autores en general⁷⁹, han clasificado a las obligaciones estatales frente a los derechos humanos, en específicas y generales. Las obligaciones genéricas frente a los derechos humanos son tres: respetar, proteger y garantizar⁸⁰. La violación de estas

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. Párr. 140. Emitida el 17 de septiembre de 2003. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acceso: 9 de febrero del 2010.

⁷⁹ También se ha dicho que existen obligaciones de comportamiento y de resultado, entendiendo que las primeras aluden a acciones u omisiones que constituyen medios que permiten que los derechos humanos sean efectivamente respetados, protegidos y garantizados; y, que las segundas aluden al resultado que se espera que tengan esos medios o medidas, tales como la ausencia de muertes en el país, la alfabetización de la población, etc. Cfr. PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA). *El derecho a la vida. Marco teórico – metodológico básico*. PROVEA. Caracas – Venezuela. Pág. 39.

⁸⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. En: ABRAMOVICH, V. ALARCÓN, P. ARANGO, R. ÁVILA, R. BRAND, D. Et. Al. *La protección judicial de los derechos sociales*. Editores: Ramiro Ávila y Christian Courtis. Primera edición. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2009. Págs. 6-8. Aún cuando estos autores al exponer esos niveles de obligaciones generales frente a los derechos humanos, toman el pensamiento de Fried van Hoof, quien sostuvo que existen cuatro niveles: respetar, proteger, asegurar y promover, en otro libro de su autoría consideran que las obligaciones estatales frente a los derechos humanos son: proteger, garantizar y promover, indicando en una nota al pie de página que la distinción de van Hoof fue asumida en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, mediante los documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con una corrección que reduce la enumeración a estas tres obligaciones. Cfr. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta. Madrid – España. 2002. Págs. 28 – 31. Efectivamente, consta en documentos como la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dichas obligaciones. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General No. 3. La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes*. [Sitio en Internet]. Disponible en:

obligaciones, al igual que la de cualquiera de las obligaciones internacionales, da origen a la responsabilidad internacional de los Estados⁸¹.

La obligación general de respetar consiste en que el Estado no puede obstaculizar, injerir o impedir el goce de un derecho. Queda excluida por esta obligación cualquier forma de daño directo a los derechos⁸². Todo menoscabo atribuible a "...la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado, que compromete su responsabilidad internacional..."⁸³ por una violación de esta obligación; "...el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia."⁸⁴

No es necesario tomar en cuenta elementos de naturaleza psicológica orientados a determinar "la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/94bdbaf59b43a424c12563ed0052b664?Opendocument). Acceso: 27 de abril del 2010. En el sistema interamericano de derechos humanos, en base a la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha establecido las siguientes obligaciones *erga omnes* frente a los derechos humanos: "...respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona...". Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello VS. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Párr. 111. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf. Acceso: 12 de enero del 2010. Aún cuando la primera obligación concuerda con la obligación de respetar que se expone aquí, el deber de garantizar desarrollado en el sistema interamericano no concuerda con la que bajo el mismo nombre se expone en este trabajo; esto por cuanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado a partir de la obligación de garantizar prevista en el Art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, como una sola cosa, las obligaciones de respeto y la de garantía. Además, tal y como ya explicaré, la obligación de asegurar la efectividad de los derechos, es decir la contenida en el Art. 2 de la Convención, es complementaria a la obligación de garantía del sistema interamericano. Por otro lado, en el sistema interamericano de derechos humanos existe una obligación no contenida en la doctrina: la de cooperar con los órganos internacionales de control de cumplimiento de los tratados. Por lo tanto, el desarrollo doctrinario y la visión del sistema interamericano sobre las obligaciones de los Estados frente a los derechos humanos, no son iguales. Sin embargo, esto no significa que sean excluyentes, sino que por el contrario tienen el mismo contenido, con la salvedad antes indicada. En este apartado expongo las dos visiones, tomando en cuenta la nomenclatura dada por la doctrina, pues a mi parecer es más didáctica, y precisándola con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello VS. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Párr. 111. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf. Acceso: 12 de enero del 2010.

⁸² ABRAMOVICH, Víctor y COUTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ob. Cit. Pág. 29.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello VS. Colombia*. Ob. Cit. Párr. 111.

⁸⁴ *Ibidem*. Ídem.

infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.”⁸⁵.

La obligación de proteger conlleva el deber del Estado de impedir que terceros obstaculicen, injieran o impidan el ejercicio de un derecho humano ilegítimamente⁸⁶, pero además, implica el deber de investigar y sancionar las violaciones ya producidas y repararlas.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la responsabilidad internacional del Estado que deriva de la violación de esta obligación, no se debe al hecho violatorio mismo, que puede ser atribuido de manera presunta o no a la autoría de un particular,

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Mapiripán VS. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre del 2005*. Párr. 110. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Acceso: 7 de julio del 2010. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido la teoría de la responsabilidad internacional objetiva, según la cual tan sólo es necesaria la relación de causalidad entre el agente y el hecho violatorio de derechos humanos, no su intencionalidad ni su culpabilidad. Cfr. MEDINA, Cecilia. *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos*. Pág. 236. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Primera edición. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2005. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>. Acceso: 9 de julio del 2010. No obstante, a la Corte Interamericana no le es indiferente la premeditación o la intencionalidad del agente para producir la violación de derechos humanos. Interpretando su jurisprudencia, según Cecilia Medina Quiroga, “Se podría argumentar que puede presumirse que satisfacer a la víctima de una violación de derechos humanos cometida con clara intención dolosa por un agente del Estado requerirá una reparación mayor que cuando la violación es producto de una inadvertencia, porque el efecto de inseguridad y temor se acrecienta en este caso, sin que esto necesariamente constituya una determinación de reparación como pena.”. *Ibidem*. Pág. 242.

⁸⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COUTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ob. Cit. Pág. 29. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha considerado que esta obligación deriva de los Arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, puesto que la obligación *erga omnes* de respetar y hacer respetar proyecta sus efectos más allá de las relaciones entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, manifestando la obligación positiva de adoptar medidas necesarias para proteger los derechos humanos en las relaciones *inter partes*. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Mapiripán VS. Colombia*. Ob. Cit. Párr. 111. En el mismo sentido ha dicho en otra sentencia que: “La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”. Cfr. Cita textual tomada de MEDINA, Cecilia. Ob. Cit. Pág. 247g. Éste a su vez de: Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 167.

sino de la falta de la debida diligencia del Estado para prevenir la violación del derecho humano, o para investigar y sancionar a los culpables de un hecho violatorio de derechos humanos⁸⁷.

Finalmente, la obligación de garantía, satisfacción o cumplimiento, implica que el Estado debe generar el conjunto de condiciones necesarias que permitan a la población el goce y ejercicio pleno e integral de los derechos humanos⁸⁸. Entre los deberes emanados de esta obligación, se encuentran por ejemplo: establecer recursos adecuados y eficaces para la reclamación de las violaciones a los derechos humanos, lo cual exige no solamente que el recurso se prevea, sino que sea además idóneo para la determinación de la existencia de una violación de derechos humanos y la reparación del daño producido por ella; asegurarse de que existan escuelas de derecho para preparar profesionales y proveer asistencia legal gratuita a quienes carezcan de recursos; promocionar los derechos humanos y crear campañas que permitan la generación de las condiciones necesarias para que los derechos sea ejercidos⁸⁹; entre otros, pues esta obligación es de amplio alcance.

Junto a esas tres obligaciones, actualmente va adquiriendo particular relevancia el deber de logro progresivo y no regresividad de los derechos humanos. Aún cuando esta obligación no ha sido desarrollada por los teóricos que establecieron las obligaciones

⁸⁷ MEDINA. Cecilia. Ob. cit. Pág. 237. Ésta a su vez de: Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172. En el caso *Caballero Delgado y Santana* la Corte se ha pronunciado en un sentido tal, que parece ser que la obligación de investigar y sancionar se ha transformado en una obligación de resultado, por lo cual se puede decir que el Estado viola la obligación de respeto si no se sanciona efectivamente a los culpables de tal forma que ese proceso termine con la reparación de la parte lesionada. Cfr. *Ibidem*. Pág. 239. Éste a su vez de: Corte I.D.H., *Caso Caballero Delgado y Santana*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, Párr. 58.

⁸⁸En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ésta obligación estaría relacionada tanto con la obligación de garantía del Art. 1.1., como con la obligación general del Art.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto, ésta última "...implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.". Cfr. Cita textual de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el *Caso Lori Berenson Mejía*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219, tomada de: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Mapiripán VS. Colombia*. Párr. 109. No obstante, la obligación del Art. 2 de la Convención surge cuando los derechos no estén garantizados por medidas legislativas o de otro carácter, tal y como reza el texto del mismo artículo, es decir, cuando por la falta de especificidad de la Convención sea necesaria la expedición de medidas adicionales. La obligación del Art. 2 es complementaria a la del Art. 1. Cfr. MEDINA. Cecilia. Ob. cit. Págs. 252 – 253.

⁸⁹ *Ibidem*. Ob. Cit. Pág. 249-250.

generales de respeto, protección y garantía, según mi criterio, se puede embonar este deber en la obligación general de garantía⁹⁰, como un correctivo de la misma.

A pesar de que este deber era exigible únicamente respecto a los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos, pues el Art. 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo prevé así, hoy en día el Art. 11 numeral 8 de nuestra Constitución ha extendido su vigencia respecto al resto de derechos. Es más, un voto separado en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que el Art. 26 de la Convención debe entenderse también referido a los derechos civiles y políticos⁹¹. Por lo tanto, debe comprenderse que la obligación de logro progresivo y no regresividad, al menos bajo nuestro ordenamiento jurídico, es una obligación genérica frente a los derechos humanos.

La obligación de logro progresivo impone a los Estados el deber de adoptar las mejores medidas legislativas y de otro carácter, de acuerdo a su panorama social, cultural,

⁹⁰ Tara Melish considera a esta obligación como una especie distinta a la obligación de garantizar, en una parte de su texto. Cfr. MELISH, Tara. *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*. Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School. Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES). Quito – Ecuador. 2003. Pág. 190. Sin embargo, previamente, en otra parte del mismo texto, consideró lo contrario: que la obligación de logro progresivo y no regresividad es parte de la obligación de garantizar. Cfr. MELISH, Tara. Ob. Cit. Págs. 171 -172. Para hacer la primera distinción se puede sostener que la obligación de garantizar requiere que las medidas adoptadas den efecto a los derechos humanos, mientras que la obligación de logro progresivo y no regresividad, que se logre progresivamente esos derechos. Esto sugeriría que existen ciertos derechos que no son exigibles inmediatamente mediante una acción de restitución, a los cuales, por ende, les es aplicable una obligación de logro progresivo. En contraposición a ellos, habría derechos exigibles directamente por sí mismos, a los cuales les sería aplicable la obligación de garantía. Cfr. *Ibidem*. Pág. 191 – 192. Según mi criterio, se puede adoptar la posición por la cual se identifica estas dos obligaciones, entendiendo que las dos apuntan hacia el objetivo de la plena efectividad de los derechos humanos, pero que la obligación de logro progresivo introduce un correctivo a ese objetivo, puesto que establece que la plena efectividad de los derechos, en general, no podrá alcanzarse en un breve periodo de tiempo, sino mediante la adopción de medidas paulatinas coherentes con la realidad y las dificultades, especialmente económicas, que se oponen a ese fin. La obligación de logro progresivo introduce un “dispositivo de flexibilidad” que permite a los Estados adoptar medidas dirigidas hacia esa plena efectividad, con los mejores mecanismos posibles de acuerdo a sus posibilidades.

⁹¹ MELISH, Tara. Ob. Cit. Pág. 175, quien cita la siguiente fuente: Corte I.D.H. *Voto separado del juez Rodolfo E. Piza Escalante, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (Ser. A) No. 4, Párr. 6.

ecológico, económico y político, que permitan avanzar gradualmente hacia el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos⁹².

El Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, adoptando las medidas posibles de acuerdo a su panorama, para el logro de ese fin. Por lo tanto, su inacción, su irrazonable demora, y la adopción de medidas que impliquen un retroceso de los derechos (medidas regresivas), implican una violación de esta obligación⁹³.

De la obligación de logro progresivo y no regresividad, según Tara Melish, derivan los siguientes deberes estatales: 1) elaborar un plan para el logro progresivo de los derechos humanos; 2) llevar a ejecución dicho plan de buena fe; y, 3) no adoptar medidas regresivas de esos derechos⁹⁴.

El plan para el logro progresivo de los derechos implica, a breves rasgos, la adopción de políticas formuladas de acuerdo con la situación de los derechos humanos, y, entre ellas, el establecimiento de las prioridades que reflejen esos derechos⁹⁵.

Las medidas regresivas, por otro lado, son aquellas que tienen como objeto o como efecto la disminución del estado actual de goce de los derechos humanos, y por lo tanto, implican un retroceso en el logro de la plena efectividad de los derechos⁹⁶.

6.1. *La norma penal como mecanismo para cumplir con la obligación estatal de proteger los derechos humanos.*

Existe un gran abanico de teorías sobre la legitimidad del Derecho Penal, que pueden explicar tanto la finalidad de la pena como la esencia del delito. Según el pensamiento de

⁹² MELISH, Tara. Ob. Cit. Pág. 194.

⁹³ *Ibidem.* Ídem.

⁹⁴ *Ibidem.* Ídem.

⁹⁵ *Ibidem.* Pág. 196.

⁹⁶ *Ibidem.* Pág. 200.

Luigi Ferrajoli⁹⁷, la legitimidad de la necesidad política del Derecho Penal proviene de su finalidad: la tutela de los derechos fundamentales.

Esta rama jurídica es un instrumento dirigido a la tutela de los derechos humanos. Ellos, a su vez, son sus ámbitos y límites que no puede lesionar ni con los delitos ni con los castigos, pues su defensa se dirige a proteger tanto al reo como a los ciudadanos en general.

El Derecho Penal, según Ferrajoli, tiene una doble finalidad preventiva. Se dirige no sólo a la clásica prevención general de los delitos con las penas, sino a evitar que los ofendidos tomen venganza por sí mismos, pues dicha justicia por mano propia es desmesurada, desproporcionada, y a veces dirigida contra un inocente. En ese sentido dice ese autor que la finalidad del Derecho Penal es:

“...la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente – al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados -, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que *ley del más débil*, orientada a la tutela de los derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte.”⁹⁸.

Si se reflexiona en la finalidad más difundida del Derecho penal, es decir en la prevención general de los delitos, es claro cómo la protección penal del Estado es un mecanismo adecuado para que éste cumpla con su obligación de proteger los derechos de las personas frente a las agresiones de terceros: el legislador establece una prohibición

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2009. Pág. 335.

⁹⁸ *Ibidem*. *Ídem*.

penal para defender los derechos humanos de las conductas que los lesionan, y las sanciona con una pena a fin de evitar su comisión⁹⁹.

Esto no es nada más que la teoría del bien jurídico protegido expuesta desde antaño.

Esta teoría debe ser explicada a partir de la reseña del proceso de formación de la ley como manifestación de la voluntad del legislador, como lo hace Alfredo Etcheberry¹⁰⁰. Dice ese autor que el legislador como dictador de normas, entre ellas las penales, acude a la creación de éstas con todo su bagaje de ideas filosóficas-sociales, su sistema de creencias y principalmente con sus ideales de cómo una sociedad debe funcionar¹⁰¹.

A partir de ese bagaje conceptual discierne y considera que ciertas conductas son necesarias para el funcionamiento ideal de la sociedad - y por tanto las manda -, mientras otras son perjudiciales para ese funcionamiento - por lo que las prohíbe -¹⁰².

El legislador considera que las conductas son dañosas cuando violan un bien sobre el cual existe un interés¹⁰³. El interés es la posición que un ser humano tiene frente a un bien, consistente en un juicio emitido por un sujeto sobre la utilidad o aptitud de dicho bien para la satisfacción de una necesidad humana. El bien, por otro lado, es todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que puede satisfacer una necesidad humana ya sea material o ideal, individual o social, es decir todo aquello que sea útil¹⁰⁴. Ese bien

⁹⁹ En este sentido dice Tara Melish que el deber de garantizar los derechos humanos tiene como derivación el deber de prevenir las violaciones a los mismos por parte de los agentes públicos y privados, y éste deber a su vez se concreta en el cumplimiento del deber de normar, es decir de establecer límites legales sobre la conducta pública y privada y sancionar el incumplimiento de esos límites en el ordenamiento jurídico. Cfr. MELISH, Tara. Ob. Cit. Págs. 178 – 179.

¹⁰⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Editorial Nacional Gabriela Mistral. Segunda Edición. Tomo I. Santiago – Chile. 1976. Págs. 19 – 20.

¹⁰¹ *Ibidem*. *Ídem*.

¹⁰² *Ibidem*. *Ídem*.

¹⁰³ En este punto me alejo de la posición de Etcheberry, quien considera que la norma penal protege el interés directamente y no el bien. Las razones para hacerlo se encuentran detalladas en el siguiente párrafo.

¹⁰⁴ GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires – Argentina. 1985. Pág. 391. Autores como Eugenio Cuello Calón no hacen distinción entre bien jurídico e interés jurídico. Es más, hay quienes al igual que Luis Jiménez de Asúa parecen identificarlos al utilizar frases como “Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos”. Sin embargo, considero que la posición más acertada es aquella que diferencia ambos conceptos, porque es la más aceptada por la doctrina penal, especialmente al hablar del daño como consecuencia jurídica del delito. Además, quienes utilizan

pasa a ser jurídico cuando es reconocido por el legislador, que le brinda la protección de la ley, prohibiendo las conductas que lo lesionan o ponen en peligro.

La norma tutela el bien jurídico e indirectamente el interés existente sobre aquel. No tutela directamente el interés sobre el bien, como algunos autores han enseñado¹⁰⁵, pues como acertadamente señaló Carnelutti, aunque utilizando el razonamiento en otro sentido, "...el derecho no garantiza a los hombres la apreciación subjetiva de sus bienes, sino el goce de los mismos."¹⁰⁶. Sólo así se puede entender al daño como consecuencia jurídica del delito y el garantismo del Derecho Penal¹⁰⁷.

De la misma manera en que se protegen bienes individuales, también están sujetos a la protección penal bienes comunes a la sociedad que no tienen un titular preciso y determinado, y que por lo tanto pertenecen a todos los miembros de la sociedad. Existen, pues, tanto bienes jurídicos individuales (como la vida, la libertad o el honor), colectivos estatales (la seguridad del Estado) y colectivos no estatales (la salud pública).

Ante esta teoría surgen varios interrogantes ¿la norma penal puede proteger exclusivamente derechos fundamentales? ¿Existe sinonimia entre bien jurídico y derecho humano?

A la solución de estos planteamientos abona la distinción hecha por Carlos Bernal Pulido¹⁰⁸ entre bien colectivo, derecho individual y bien jurídico. Él distingue a los bienes colectivos como aquellos objetos valiosos para la comunidad, que no pueden distribuirse entre sus integrantes y cuya creación y conservación está ordenada *prima facie* o definitivamente. Los derechos individuales, por su parte, son posiciones jurídicas dotadas

fórmulas confusas frente a las palabras bien e interés, definen al daño como un detrimento del interés y no como una rémora del bien jurídico, y sólo concibiendo al daño como una lesión del bien jurídico se puede entender el garantismo del Derecho Penal en la forma propuesta por Ferrajoli, que es coherente con nuestro modelo de Estado: el Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Cfr. JIMENEZ, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana. Séptima edición. Buenos Aires - Argentina. 1976. Pág. 20; y, CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Volumen primero. Décimo octava edición. Editorial Bosch. Barcelona - España. 1980. Pág. 301.

¹⁰⁵ Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Págs. 19 – 20.

¹⁰⁶ GÓMEZ, Eusebio. Ob. Cit. Pág. 393.

¹⁰⁷ Ver Ut Supra el pie de página que trata sobre la distinción entre bien e interés jurídico.

¹⁰⁸ BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2007. Pág. 709.

de un sujeto pasivo, un sujeto activo y un objeto, es decir de una estructura triádica. Finalmente los bienes jurídicos son, según él, una categoría intermedia entre esos dos conceptos. El bien jurídico es un objeto susceptible de ser distribuido entre los diversos individuos de la comunidad, pero su titularidad no puede otorgarse a ninguno de ellos en concreto, por lo que los sujetos de derecho no pueden instaurar por sí mismos ninguna pretensión de defensa de ese bien. Además, el bien jurídico debe recibir del Estado una protección objetiva, independiente de las pretensiones subjetivas que lo puedan hacer valer en sede jurisdiccional.

Según esta posición no existe sinonimia entre derechos humanos y bienes jurídicos. Sin embargo, quedan pendientes por resolver la otra interrogante planteada.

A mi parecer, un derecho humano es una categoría que se puede convertir en un bien objeto de un interés social o individual, pues como derecho subjetivo que otorga ciertas prerrogativas frente al Estado y los particulares, se presenta como una entidad capaz de satisfacer necesidades humanas, concordando con el concepto de bien jurídico antes señalado. Bajo ese aspecto un derecho humano puede ser objeto de protección penal. No obstante, en ese respecto, será protegido como bien apetecido por un interés humano y no en tanto derecho humano llanamente.

Por otro lado, la norma penal puede proteger tanto derechos fundamentales como valores relevantes a la sociedad¹⁰⁹, y los ejemplos abundan, piénsese en el orden económico social protegido por el derecho penal económico; no es un derecho humano más sí un valor social y por eso se lo protege¹¹⁰.

¹⁰⁹ En este sentido, admitiendo esta posibilidad: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ob. Cit. Pág. 472.

¹¹⁰ Actualmente, se dice que el Derecho Penal debe tener una intervención mínima, que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y que esos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Cfr. Ramiro. *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*, en Revista de Derecho Foro. No. 8. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional. 2007. Pág. 59. No obstante, esta posición no dice nada respecto a si sólo se puede proteger con la norma penal derechos fundamentales; por el contrario, parece aceptar la posibilidad de que se protejan valores importantes para la sociedad, cuando estén contemplados en la Constitución, pues ellos pueden ser catalogados como bienes (es decir, una cosa apetecida por un interés humano). Entonces, podría pensarse que una ley penal puede proteger un valor como el *sumak kawsay* o buen vivir, al cumplir con esos requisitos.

6.1.1. ¿Cuándo prohibir?

Recapitulando, el legislador puede utilizar el Derecho Penal para proteger derechos fundamentales prohibiendo las conductas lesivas mediante la norma penal. Para ello, valora los actos que lesionan esos bienes y les agrega como consecuencia jurídica una pena que disuade a las personas de llevarlas a cabo, protegiendo los derechos fundamentales y los bienes jurídicos en general.

Pero, si el Derecho Penal sirve para proteger los derechos humanos, ¿por qué no se incluye en el catálogo de delitos todas las conductas que vulneren los derechos fundamentales? ¿Existe una libertad para prohibir conductas penalmente, o, por el contrario, esa facultad de prohibir tiene límites?

La respuesta a estas preguntas es la misma que resuelve el interrogante: cuándo prohibir, siguiendo la metodología de Ferrajoli¹¹¹.

La facultad de prohibir, según ese autor, tiene como límites el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, el de lesividad¹¹², el de materialidad de la acción, y el de culpabilidad¹¹³.

Según el primero, la protección de bienes jurídicos mediante la ley penal, debe limitarse a lo extremadamente necesario, pues dado que la intervención punitiva del Estado es la técnica de control social que con mayor gravedad lesiona la libertad y la dignidad humanas, sólo debe acudir a ella como un remedio extremo¹¹⁴.

Las prohibiciones mínimas necesarias, aquellas en las que la intervención punitiva se presenta como remedio extremo, es decir, las únicas prohibiciones penales justificadas con absoluta necesidad, son "...las establecidas para impedir comportamientos lesivos

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ob. Cit. Pág. 459.

¹¹² Aún cuando Ferrajoli deriva estos dos principios del principio de utilidad penal, por fines didácticos los expongo de manera separada. Cfr. *Ibidem*. Pág. 465.

¹¹³ *Ibidem*. Pág. 465, 480 y 487.

¹¹⁴ *Ibidem*. Ídem.

que, añadidos a la reacción informal que comportan (la venganza de los ofendidos), supondrían una mayor violencia y una grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.”¹¹⁵.

En palabras breves, se podría decir que ningún bien justifica una protección penal si su lesión, sumada a la venganza de los ofendidos, no es mayor que la lesión de los bienes que priva la pena.

De esta forma, como corolario, considero que toda prohibición penal requiere una ponderación entre la lesión del principio que el Estado protege penalmente prohibiendo una conducta, sumada con la venganza de los ofendidos, frente a la lesión de derechos humanos que produzca la pena que se asigne como consecuencia de la conducta prohibida, no sólo para determinar la proporcionalidad entre delitos y penas, sino la legitimidad de la protección. Una protección penal innecesaria significaría una limitación innecesaria de los bienes lesionados con las penas.

Sólo en esos casos en los cuales la protección penal es legítima, según lo antes dicho, será necesario proteger los derechos fundamentales con el mecanismo del Derecho Penal.

El segundo límite a la facultad de prohibir - el principio de lesividad - implica que una conducta debe prohibirse penalmente, únicamente cuando el resultado del hecho prohibido lesione derechos de terceros¹¹⁶.

El principio de materialidad, por su parte, impone como límite a la facultad de prohibir, el que los delitos como supuestos de las penas deben concretarse en acciones humanas que sean empíricamente observables, es decir, que sean materiales, físicas o externas, y por lo tanto, describibles exactamente por la ley penal¹¹⁷.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 466.

¹¹⁶ *Ibidem*. Pág. 466.

¹¹⁷ *Ibidem*. Pág. 480.

Finalmente, el principio de culpabilidad implica que un comportamiento humano no puede ser prohibido penalmente, si no es intencional, es decir, realizado con conciencia y voluntad por una persona que es capaz de comprender y querer¹¹⁸.

Por lo tanto, el legislador debe utilizar la norma penal como mecanismo de protección de los derechos humanos, únicamente cuando se cumplan con los requisitos de necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad. En ese evento, la protección penal de un derecho humano es adecuada y necesaria, y surge, por lo tanto, el deber del Estado de utilizar este mecanismo para ese fin.

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág. 487.

CAPÍTULO III

LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS.

A continuación expongo unos breves lineamientos sobre la ponderación de principios, herramienta metodológica fundamental para el objetivo de esta tesis.

Sepa el lector que a fin de considerar las fortalezas y las debilidades de este trabajo, en este apartado expongo también las críticas a la ponderación y la refutación de las mismas.

I. La teoría de los principios.

La ponderación y la teoría de los principios están íntimamente relacionadas, en tanto, “El fundamento de la teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios”¹¹⁹.

A continuación, desarrollaré algunos puntos de la teoría de los principios, a fin de esclarecer los temas que se traten en la ponderación.

1.1. La distinción entre reglas y principios.

“La distinción entre reglas y principios es (...) una distinción entre dos tipos de normas.”¹²⁰, pues ambos pueden ser formulados como mandatos, prohibiciones o permisos, y sirven, de igual manera, para realizar juicios de deber ser en casos concretos.

Para distinguir a las reglas de los principios, los autores acuden a varios criterios. Así, por ejemplo, unos piensan que lo que las distingue es el grado de generalidad relativamente

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *La fórmula del peso*. Ob. Cit. Pág. 14

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 65.

alto de los principios frente a la generalidad relativamente baja de las reglas, otros sostienen que los primeros son normas desarrolladas, mientras que las reglas son normas creadas¹²¹.

Alexy, por su parte, hace una distinción propia en base a un criterio cualitativo. Los principios son, según él, mandatos de optimización en tanto son "...normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes."¹²². Pueden cumplirse en un mayor o menor grado según esas posibilidades.

Las posibilidades reales están dadas por las circunstancias en las que se pretende aplicar los principios, mientras que las jurídicas por los principios y reglas opuestos en el sistema jurídico.

Dentro de los principios deben considerarse comprendidos a los derechos humanos, pues éstos, al no ser absolutos y aceptar limitaciones, son mandatos de optimización¹²³.

Las reglas, según el mismo autor, son mandatos definitivos, pues se caracterizan por ser "...normas que sólo pueden ser cumplidas o no."¹²⁴. Toda regla determina categóricamente lo que debe hacerse dentro de las posibilidades reales y jurídicas¹²⁵. Frente a una regla válida puede hacerse lo que ella manda, o se deja de hacerlo. No es posible cumplir una regla en un mayor grado o en uno menor.

Esta distinción entre reglas y principios conlleva dos consecuencias importantísimas. La primera: en el Derecho se distinguen dos operaciones fundamentales diferentes para la aplicación de ambos tipos de normas: la subsunción y la ponderación. Mientras los principios se aplican por medio de ésta, la aplicación de las reglas se lleva a cabo por

¹²¹ *Ibidem.* Ídem.

¹²² *Ibidem.* Pág. 67.

¹²³ Afirma Zagrebelsky que, "Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios (...) Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley." Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ob. Cit.* Pág. 109-110.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* *Ob. Cit.* Pág. 68.

¹²⁵ *Ibidem.* Ídem.

aquella. La segunda: la forma en que deben solucionarse la contradicción entre las reglas o entre los principios¹²⁶, es distinta.

Esta distinta forma de solucionar esas antinomias¹²⁷ se estudia en la teoría de los principios, al tratar sobre el conflicto entre reglas y la colisión de principios. Ambos conceptos suponen la existencia de dos normas (principios o reglas) que, vistas individualmente, tienen como previsión normativa juicios de deber ser incompatibles.

1.2. Conflicto entre reglas.

Para solucionar un conflicto de reglas hay dos métodos: la introducción en una de ellas de una cláusula de excepción que elimine esa contradicción; y, la declaración de la invalidez de una de las reglas en conflicto¹²⁸.

La introducción de una cláusula de excepción consiste en encajar idealmente en una de las reglas, una cláusula que prevea el supuesto de hecho de la otra como excepción a la aplicación de su consecuencia jurídica¹²⁹.

Así por ejemplo, el conflicto entre una norma que prevé quince años de cárcel para quien hurte objetos ajenos - prohibiendo su sustracción - y otra que manda a los agentes de justicia a tomar los objetos ajenos, siempre que medie una orden de juez competente para embargarlos, se puede solucionar con una cláusula de excepción. En este caso existe dos juicios de deber ser contradictorios, el de la norma penal que prohíbe sustraer cosas ajenas y el de la norma civil que la ordena. La solución sería, pues, considerar que

¹²⁶ Según Luis Prieto Sanchís "...resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de cierta forma. Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse del modo últimamente indicado [la ponderación] y que entonces esas normas reciben el nombre de principios.". Cfr. PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. En: *Cuadernos de Derecho Público*. No. 11, septiembre – diciembre 2000. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid – España. 2000. Pág. 15.

¹²⁷ El concepto: antinomia, se refiere tanto a las colisiones de principios como a los conflictos entre reglas, pues en la doctrina se dice que ella existe cuando: "...dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente". *Ibidem*. Pág. 9.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 69.

¹²⁹ *Ibidem*. Ídem.

la norma penal tiene una cláusula de excepción implícita que introduce el supuesto de hecho de la norma civil, de la siguiente manera: está prohibido sustraer cosas ajenas y quien lo haga tendrá quince años de prisión, salvo el caso de que el sustractor sea un agente judicial que actúe con orden de un juez competente para un embargo.

Si no es posible aplicar una cláusula de excepción para solucionar el conflicto de reglas, se debe declarar por lo menos a una de esas normas como inválida, expulsándola del ordenamiento jurídico. La determinación de la norma inválida se realiza aplicando las reglas “lex posteriori derogat legi priori” (la ley posterior deroga la anterior) y “lex specialis derogat legi generali” (la ley especial deroga a la general), o la jerarquía de las reglas en conflicto¹³⁰.

1.3. Colisión de principios.

Frente a este tipo de antinomias, uno de los principios debe ceder ante el otro, sin que esto implique que el que cede sea declarado inválido o que se deba introducir en la previsión normativa del vencedor una cláusula de excepción¹³¹.

Una colisión de principios se resuelve examinando cuál de los principios en pugna tiene mayor peso, en las circunstancias del caso en que se produce dicha antinomia (ponderación). Con eso se logra establecer entre ellos, una relación de precedencia condicionada a las circunstancias en que se suscita la contradicción.

Esa relación de precedencia consiste en que, tomando en cuenta las circunstancias del caso, se establece las condiciones en las cuales un principio precede al otro.

La solución a una colisión de principios únicamente puede establecer relaciones de precedencia condicionadas, concretas o relativas, y por tanto, aplicables exclusivamente

¹³⁰ *Ibidem*. Pág. 70.

¹³¹ *Ibidem*. Ídem.

en circunstancias concretas. Nunca esa solución establecerá relaciones de precedencia absolutas, es decir aplicables en todos los casos¹³².

Es por eso que las colisiones de principios no se pueden solucionar declarando la invalidez o nulidad de una de esas normas, según los criterios de jerarquía, especialidad, competencia o posterioridad. Proceder de esa manera implicaría ir contra la definición propia de los principios como mandatos de optimización, pues, declarar la invalidez de uno de ellos supone determinar su precedencia absoluta, y éstos, por definición deben realizarse en un mayor o menor grado, mas nunca deben dejar de cumplirse.

En realidad, como afirma Alexy, mientras los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, las colisiones de principios, "...tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso."¹³³.

1.4. La ley de la colisión¹³⁴.

En una ponderación se establece cuál de los principios contrapuestos tiene mayor peso en el caso concreto. El peso de un principio no es algo cuantificable, sino que un principio tiene un peso mayor al de su contrapuesto, cuando, según las circunstancias del caso concreto, existen razones suficientes para que aquel tenga precedencia sobre éste. Dichas circunstancias del caso concreto se convierten, de esa forma, en condiciones bajo las cuales un principio es precedente a otro (condiciones de precedencia).

Si un principio tiene preferencia bajo las circunstancias de un caso concreto, significa que la consecuencia jurídica que de él deriva tiene validez cuando esas condiciones de precedencia se dan. Si ellas se repiten, deberá aplicarse nuevamente esa consecuencia jurídica.

¹³² Ibídem. Pág. 71. En el mismo sentido: PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Pág. 20.

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 71.

¹³⁴ Ibídem. Págs. 71 – 75.

Estas relaciones obtenidas al efectuar la ponderación implican el surgimiento de una nueva norma, en la cual las condiciones de precedencia tienen el carácter de supuesto de hecho y la consecuencia jurídica es la misma que resulta de la aplicación del principio precedente.

La nueva norma tendría que seguir esta estructura: si una acción satisface las condiciones de precedencia, entonces se tiene la consecuencia jurídica que resulta de la aplicación del principio precedente.

La ley de la colisión recoge todos estos razonamientos en el siguiente enunciado: “Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.”¹³⁵. Este es uno de los fundamentos de la teoría de los principios, que demuestra que las relaciones de precedencia entre ellos no son absolutas; y, que los principios se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.

Los planteamientos antes expuestos se entenderán de manera más clara en el siguiente caso expuesto por Alexy¹³⁶:

En una sentencia de un tribunal alemán se discutía si es admisible llevar a cabo una audiencia oral, aún cuando se supiera que el estrés que ella produce llevaría inevitablemente al acusado a sufrir un infarto.

En ese caso existen dos principios en colisión: aquel que manda aplicar el Derecho Penal, y el que sostiene que se debe respetar el derecho a la vida y a la integridad. De ambos se puede extraer juicios concretos de deber ser distintos para ese caso, es decir, dos consecuencias jurídicas diferentes: está ordenado llevar a cabo la audiencia oral y está prohibido llevar a cabo la audiencia oral.

¹³⁵ *Ibidem*. Pág. 75.

¹³⁶ *Ibidem*. Págs. 71-75.

Para solucionar la colisión, el juez debe realizar una ponderación. En la misma se determina mediante razonamientos que, en las circunstancias del caso expuesto, el principio que establece el respeto de la vida y la integridad personal es el sustrato sobre el cual se apoyan todos los demás derechos, por lo cual, es precedente al principio que manda a aplicar el derecho penal, pues de otra forma se lesionaría el derecho fundamental a la vida.

Este razonamiento realizado por el juzgador, se debe estructurar de la siguiente forma, según la teoría de los principios: el principio del derecho a la vida y la integridad física tienen, en el caso concreto, un peso mayor que el del principio que manda a aplicar el Derecho Penal, pues, el respeto de la vida y la integridad física son esenciales para que los demás derechos tengan vigencia (razones suficientes por las que un principio es precedente), por lo tanto, si existe el peligro manifiesto de que el acusado, en caso de llevarse a cabo la audiencia, pierda su vida o su integridad física, y por tanto, que la continuación del proceso lesione derechos fundamentales (condición de precedencia), debe suspenderse.

Ahora, de este enunciado se deriva otra norma que tenga como consecuencia jurídica aquella que le corresponde al principio precedente y como supuesto de hecho las condiciones de precedencia de ese principio. Esta norma sería la siguiente: si una audiencia procesal supone el peligro manifiesto de que se lesione derechos fundamentales, está prohibido continuar el proceso llevando a cabo la audiencia.

Dicha norma se debe aplicar cuando se repitan las condiciones de precedencia. Por tanto, si la celebración de una audiencia lesiona cualquier derecho fundamental, como por ejemplo el derecho a la intimidad, aplicando esa regla, estará prohibida y el proceso no debe continuarse.

II. Concepto de ponderación.

Una vez sentados esos conceptos, la comprensión del concepto de la ponderación será más clara y sencilla.

La ponderación puede ser vista desde distintas perspectivas, a fin de ser conceptualizada. Se la puede entender como una forma de tomar decisiones que consiste en sopesar las razones que juegan a favor y en contra de una solución específica; como un método contrario a la subsunción para aplicar las normas jurídicas; y, como una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que ellas contienen¹³⁷.

Carlos Bernal Pulido¹³⁸ considera que, de manera general, la ponderación puede ser entendida tanto en un sentido amplio como en uno restringido. En sentido restringido, como la aplicación de uno de los subprincipios del test de razonabilidad: el de la proporcionalidad en estricto sentido¹³⁹. En un sentido amplio, en cambio, como un procedimiento, juicio o examen judicial por el cual se establece el derecho que debe prevalecer en una colisión de derechos fundamentales, siendo el test de razonabilidad un criterio para llevarla a cabo¹⁴⁰.

Es así, que en un sentido amplio se puede definir a la ponderación como el examen judicial por el cual, en una colisión de principios, se llega al establecimiento de “...una jerarquía axiológica móvil, lo cual implica que uno de los principios cede frente al otro en un caso concreto.”¹⁴¹, sin que eso signifique la invalidación del principio que resulte

¹³⁷ BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2007. Pág. 569.

¹³⁸ *Ibidem*. Pág. 163.

¹³⁹ La ponderación puede ser entendida en ese sentido, pues, el criterio básico para la construcción de las relaciones de prioridad o preferencia entre los derechos en conflicto, en que ella consiste, es el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido. Esta implicación se debe a que la ponderación siempre lleva una interrogante implícita: ¿el cumplimiento de un principio justifica la no observancia o rémora de otro? De esta forma su aplicación es imprescindible cada vez que existe una colisión de principios.

¹⁴⁰ Esto se debe a que la ponderación, al fin y al cabo, conlleva una limitación de un derecho en pro de la vigencia de otro. En este caso es posible evaluar la precedencia de uno y otro principio con ayuda de los criterios del principio de proporcionalidad, más aún cuando una de las críticas a la ponderación es su desligamiento con los límites constitucionales y su excesiva relación con las particularidades del caso; pues, la introducción del subprincipio de necesidad, puede introducir el examen de esos límites. Cfr. VILLAVERDE, Ignacio. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*. En: ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Primera edición. Editor CARBONELL Miguel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008. Pág. 182.

¹⁴¹ SALGADO, Judith: “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, Revista FORO No. 3, Corporación de Estudios y Publicaciones,

subordinado, sino que existe una preferencia, en las circunstancias del caso, entre la mayor aplicación de un principio frente a la del otro.

La ponderación también puede ser entendida como un método de interpretación jurídica constitucional, que según el Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debe estar sujeta a una premisa para el establecimiento de la preferencia entre los principios en colisión: la ley de ponderación.

III. La estructura de la ponderación.

Robert Alexy considera que la ponderación, en su cometido de establecer una relación de precedencia entre principios, requiere tener en cuenta tres elementos que forman parte de su estructura: la ley de ponderación, la fórmula del peso y la carga de argumentación¹⁴².

3.1. La ley de ponderación.

La ley de ponderación¹⁴³ sostiene que “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”¹⁴⁴.

Mediante una esquematización de esta ley, según Alexy, se puede establecer los tres pasos de la ponderación¹⁴⁵. Estos son: primero, determinar el grado en que un principio no ha sido satisfecho o ha sido afectado; segundo, definir la importancia de la satisfacción del principio que se satisfizo en base a la restricción del contrario; y,

2004, Págs. 109 -125. Ella reproduce el pensamiento de: GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. México. UNAM. 2001. Pág. 145 – 146.

¹⁴² BERNAL, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. En: ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Primera edición. Editor CARBONELL Miguel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008. Pág. 54

¹⁴³ Esta ley enunciada por Alexy está recogida en el Art. 3 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en los mismos términos que Alexy la expone.

¹⁴⁴ ALEXY Robert: *La fórmula del peso*. Ob. Cit. Pág. 15.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 16.

finalmente, establecer si la importancia de la satisfacción del un principio justifica la no satisfacción del otro.

Si se asigna a cada uno de estos tres elementos de la ley de ponderación un grado de importancia de la escala: leve, medio y grave, se puede fundamentar un juicio de ponderación. Esto se debe a que si se asigna un grado grave a la falta de satisfacción de un principio en colisión, mientras que uno leve a la importancia de satisfacción del principio contrario, se llega a la conclusión de que, según la ley de ponderación, la intervención en el primer principio es desproporcionada.

Un grado leve de importancia de satisfacción de un principio justificará una intervención leve en el principio contrario, mientras que un grado grave de esa importancia, una media, leve o grave.

Estos planteamientos se entenderán mejor con el siguiente ejemplo extraído de una obra de Alexy¹⁴⁶: si se pondera el deber de los tabacaleros de colocar en los paquetes de cigarrillos advertencias sobre la nocividad de fumar, con el derecho a la libertad de profesión y oficio, siguiendo los pasos de la ponderación se tendrán los siguientes resultados:

Primer paso:

¿En qué grado el derecho a la libertad de profesión y oficio no ha sido satisfecho o ha sido afectado?

La imposición a los tabacaleros del deber de colocar advertencias en los paquetes de cigarrillos implica una intervención leve en el derecho a la libertad de profesión y oficio.

Segundo paso:

¹⁴⁶ *Ibíd.* .Pág. 17.

Antes de continuar con el segundo paso es necesario establecer cuáles son las razones para intervenir en el principio vulnerado. En este caso sería la obligación del Estado de prevenir los daños a la salud de las personas.

Una vez establecidas esas razones, se puede continuar realizando el segundo paso.

¿Cuál es la importancia de la satisfacción de la obligación estatal de prevenir los daños a la salud de las personas?

La importancia de satisfacer la obligación estatal de prevenir los daños a la salud de las personas es grave, pues, según el avance de la medicina, es evidente que fumar produce cáncer y enfermedades cardiovasculares.

Tercer paso:

¿Justifica la importancia de la satisfacción de la obligación estatal de prevenir los daños a la salud de las personas la no satisfacción del derecho a la libertad de profesión y oficio?

Como la importancia del principio no vulnerado es de grado grave, mientras que el grado de intervención es leve, consecuentemente, el deber de colocar advertencias en los paquetes de cigarrillos no vulnera el derecho a la libertad de profesión y oficio.

3.2. La fórmula del peso de Robert Alexy¹⁴⁷.

La ley de ponderación y sus tres corolarios sólo expresan dos objetos para realizar la ponderación: la intensidad de la no satisfacción o afectación y la importancia de la satisfacción. Alexy introduce nuevos criterios para realizar la ponderación, incorporándolos en una fórmula matemática creada por él: la fórmula del peso.

¹⁴⁷ *Ibidem*. Págs. 22-40.

Con su aplicación se logra determinar de manera más precisa aquello que la aplicación de la ley de ponderación y sus tres corolarios determinan: el peso de un principio frente al de otro que colisiona con aquel, en un caso concreto, a fin de establecer cuál debe prevalecer.

Esta fórmula tiene la siguiente estructura:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times G_i \times S_i}{I_j \times G_j \times S_j}$$

Sus variables, que utilizan la nomenclatura P_i para el principio vulnerado y P_j para el principio contrario al vulnerado, son las siguientes:

IPiC o I_i : la intensidad de la intervención en el principio vulnerado, en el caso concreto, no en abstracto. Esta variable expresa la misma valoración hecha al aplicar la ley de ponderación y sus tres corolarios, al asignar un grado a la no satisfacción o afectación de un principio.

Alexy designa con ese nombre a esta variable, en base a éstas consideraciones: el doble concepto de no satisfacción y afectación corresponde a la dicotomía entre derechos de defensa y derechos de protección¹⁴⁸, pues cuando se trata de los derechos de defensa, que son derechos que exigen una omisión, la afectación supone una intervención, pues toda intervención es una restricción. Por otro lado, en los derechos de protección se exige un actuar positivo y la expresión no satisfacción denota una restricción de los mismos, y por lo tanto, una intervención. De esta manera, se puede hablar, en un mismo sentido, de la intensidad de la intervención para referirse tanto al grado de no satisfacción como al de afectación de un derecho, cambiando la nomenclatura utilizada en la ley de ponderación y sus tres corolarios, para el objeto valorado en el primer paso, designándolo con el nombre genérico: intensidad de intervención.

¹⁴⁸ No comparto el pensamiento de Alexy, pues como he explicado en otra parte de esta tesis, la distinción hecha por el autor ha sido superada hace mucho tiempo por la doctrina. Hoy se considera que todos los derechos humanos contienen obligaciones positivas y negativas.

La nomenclatura IPiC denota lo siguiente: I, que se trata de una intensidad; Pi, que se refiere al principio vulnerado; y, C que se trata de un caso concreto. Se puede utilizar indiferentemente la expresión Ii para mostrar de una forma corta la nomenclatura IPiC.

Las demás variables también pueden utilizar la letra C para referir que la valoración se da en un caso concreto; la letra A, cuando ésta se da de manera abstracta, sin considerar las particularidades de un determinado caso; I, cuando se trata de una intensidad; G, cuando se refieren a un peso; y finalmente S para referirse a la seguridad de los presupuestos empíricos sobre las valoraciones realizadas.

GPIA o Gi: es la variable que expresa el peso abstracto de Pi, es decir, la importancia que se le asigna al principio vulnerado en relación a otros principios independientemente de cualquier caso concreto, en general. Si el peso abstracto de dos principios es el mismo, esta variable se elimina de la ponderación; ese es el caso ecuatoriano, ya que según la Corte Constitucional ecuatoriana¹⁴⁹ esta variable no es aplicable, por cuanto el numeral 6 del Art. 11 de la Constitución del Ecuador señala expresamente que: "(...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía (...)".

IPjC o Ij: la importancia que se le asigna al principio Pj, que siempre será determinada según cómo la omisión o no ejecución de la medida de intervención en el principio vulnerado incide en Pj. "Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención"¹⁵⁰. Todo esto se evalúa en el caso concreto.

Esta variable corresponde al objeto valorado en el segundo paso de la ley de ponderación; sin embargo, difiere en su forma de valorar, pues, en esta ley la importancia del principio vulnerado se establece independientemente de la intensidad de la intervención en el principio contrario, mientras que en la fórmula del peso está directamente relacionada, de la forma en que se indicó.

¹⁴⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 002 – 09 – SAN – CC. Caso 0005 – 08 – AN*. Emitida el 2 de abril del 2009. Pág. 31. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/0005-08-AN-res.pdf>. Acceso: 12 de enero del 2010.

¹⁵⁰ ALEXY Robert. *La fórmula del peso*. Ob. Cit. Pág. 26.

Aún cuando la nomenclatura utilizada para designar esta variable debía ser distinta, Alexy la plantea de forma similar a la intensidad de la intervención en el principio vulnerado (IPiC), debido a que ese concepto es idéntico al de la importancia del principio Pj. Además esa nomenclatura queda justificada porque, como ya señalé, la importancia del principio no vulnerado es una intensidad de una hipotética intervención en él, mediante la no intervención en el principio vulnerado.

GPjA o Gj: la importancia que se le asigna al principio no vulnerado en relación con otros principios, es decir su peso abstracto. Esta variable no es aplicable en el Ecuador, según la Corte Constitucional ecuatoriana¹⁵¹.

Si y Sj: Que corresponden al grado de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización o de la falta de realización de los principios en colisión. Esta variable se refiere a la certidumbre o incertidumbre de los razonamientos en base a los cuales se considera que la medida adoptada influye en la realización o falta de realización de los derechos que colisionan. Así puede diferenciarse entre Si y Sj, según se refiera a la seguridad con la cual la medida adoptada influye en la falta de realización del principio vulnerado, o en la realización del principio contrario, respectivamente.

“La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en ponderación”¹⁵².

Gi,j: es el peso de Pi bajo las circunstancias del caso en concreto, no el peso de Pi en abstracto representado con Gi. Esta variable se obtiene con la aplicación de la fórmula: $G_{i,j} = l_i - l_j$, a la cual Alexy llama fórmula diferencial.

Para llegar a expresar la fórmula del peso de la manera indicada en el principio de este sub capítulo, Alexy toma la fórmula diferencial y la perfecciona.

¹⁵¹ Cfr. Ut supra. Corte Constitucional del Ecuador. Ob. Cit. Pág. 31

¹⁵² BERNAL, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. Ob. Cit. Pág. 56

La fórmula diferencial, sostiene, es una fórmula del peso condensada. No obstante ella no es adecuada para realizar una ponderación, pues, por una parte, no contempla todas las variables necesarias para ponderar; y, por otra, no permite aplicar una serie geométrica ($2^0, 2^1, 2^2$) en la valoración de las variables, que es más adecuada que la escala tríadica (1,2,3), según Alexy, ya que “los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención”¹⁵³.

La primera deficiencia de la fórmula diferencial se soluciona simplemente contemplando todas las variables necesarias, por lo que no se requiere una reformulación. Sin embargo, la segunda deficiencia únicamente se soluciona replanteando la fórmula diferencial, de tal modo que permita aplicar la serie geométrica en la valoración de las variables. De esta manera, Alexy la reformula mediante el uso de cocientes, luego de lo cual queda expresada de la siguiente manera: $G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$.

A esa fórmula diferencial de cocientes, se le debe añadir otras variables importantes en la ponderación pues, como ya se explicó, el peso concreto de un principio depende de muchos otros factores, no sólo de la intensidad de la intervención en los principios.

Al incorporar todas las variables a la fórmula diferencial adquiere la estructura de la fórmula del peso, pues queda planteada de la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times G_i \times S_i}{I_j \times G_j \times S_j}$$

Para determinar el valor de cada una de las variables de la fórmula del peso, Alexy propone los siguientes criterios de valoración:

¹⁵³ ALEXY Robert: *La fórmula del peso*. Ob. Cit. Pág. 32.

Para el peso concreto de P_i (I_i) y de P_j (I_j) y el peso abstracto de P_i (G_i) y de P_j (G_j), según éstos sean leves, medios o graves, los valores 1, 2 y 4 que corresponden a los valores $2^0, 2^1$ y 2^2 de la serie geométrica.

La seguridad de las apreciaciones empíricas de no realización de P_i (S_i) y de realización de P_j (S_j) se puede valorar, según sea cierta con 2^0 , es decir 1; plausible con 2^1 , es decir 2; y, evidentemente falsa con 2^2 , es decir 4.

La fórmula del peso, así expresada, determinará la supremacía de un derecho frente al otro, de la siguiente manera: si el resultado es mayor a 1, prima el principio vulnerado; si es igual a 1, ambos tienen el mismo valor; y, si es menor a uno (una fracción) prima el segundo principio, es decir, el no vulnerado.

“Si el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j es mayor que el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i , el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio P_i . Si, por el contrario, el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i es mayor que el peso concreto de P_i en relación con el principio P_j , entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio P_j . Si P_i fundamenta la norma $N1$ que prohíbe \emptyset y P_j fundamenta la norma $N2$ que ordena \emptyset , en el primer caso debe prohibirse \emptyset y en el segundo caso debe ordenarse.”¹⁵⁴.

Alexy finalmente indica que se puede utilizar una fórmula de peso extendida cuando existan varios principios en juego, simplemente adicionando su peso, intervención y las demás variables mediante una adición. La fórmula entonces sería la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times G_i \times S_i + \dots + I_m \times G_m \times S_m}{I_j \times G_j \times S_j + \dots + I_n \times G_n \times S_n}$$

¹⁵⁴ BERNAL, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. Ob. Cit. Pág.57.

3.2.1. La relación entre la ley de ponderación y la fórmula del peso.

Para desarrollar la fórmula del peso, Alexy establece primero los tres pasos de la ponderación como corolarios derivados de la ley de ponderación. Según estas tres deducciones existen dos objetos que valorar, que en la nomenclatura de la fórmula del peso corresponden a las variables $IPiC$ o li e $IPjC$ o lj .

La relación entre esas dos variables, y por lo tanto, la solución al tercer paso expresado por el tercer corolario de la ley de ponderación, está dado por la variable $G_{i,j}$, pues, si el peso de P_i en el caso concreto tiene un resultado negativo, eso implicaría que la intensidad de la intervención en el principio vulnerado es menor a la importancia del principio contrario. De esta forma, la medida no sería desproporcionada, debiendo primar el principio contrario al vulnerado (P_j). Antes de examinar el ejemplo que sigue, recuerde el lector que la forma de establecer la variable $G_{i,j}$ resulta de la diferencia entre li e lj :

En el ejemplo utilizado cuando se explicó los corolarios de la ley de ponderación, el grado de no satisfacción o de afectación del derecho a la libertad de profesión u oficio (correspondiente a la variable li en la fórmula del peso) fue leve, es decir que, en una escala tríadica que asigne los valores 1, 2 y 3 a las valoraciones leve, medio y grave, equivaldría a 1.

Por otro lado, la importancia de la satisfacción de la obligación estatal de prevenir los daños a la salud de las personas, fue establecida como grave, y por tanto, dentro de la escala tríadica numérica, equivaldría a 3.

De esta forma, aplicando esos valores a la fórmula diferencial se obtendría el siguiente resultado:

$$G_{i,j} = li - lj, \text{ entonces, } G_{i,j} = 1 - 3$$

Por lo tanto, $G_{i,j} = -2$.

Al ser el resultado negativo, el deber estatal de prevenir los daños a la salud de las personas debe prevalecer, pues el grado de importancia de la satisfacción del principio Pj es mayor a la intensidad de la intervención en el principio Pi.

Según todas estas observaciones, se puede entender que existe una marcada similitud entre el razonamiento llevado a cabo para aplicar los tres corolarios de la ley de ponderación y la aplicación de la fórmula diferencial. Por lo tanto, la fórmula diferencial no es más que la expresión algorítmica de las valoraciones realizadas en la ponderación efectuada, teniendo a la ley de ponderación y sus corolarios como medio. Esta fórmula es una enunciación de la ley de ponderación.

Ahora, según Alexy, la fórmula diferencial:

“...constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva que debe llamarse ‘la fórmula del peso’. En su versión completa, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y falta de realización de los principios en colisión, ocasionados por la medida que se enjuicia.”¹⁵⁵.

Según el mismo Autor, la fórmula diferencial significa que a causa de la igualdad de los pesos abstractos y los grados de seguridad de las premisas empíricas, estas variables fueron eliminadas, consiguientemente, ésta fórmula no es “...ninguna fórmula diferente a la fórmula completa, sino la misma después de una reducción.”¹⁵⁶.

En tal virtud, la fórmula diferencial, y por tanto, la fórmula del peso son derivaciones de la ley de ponderación.

3.2.2. La función de la fórmula del peso.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *La fórmula del peso*. Ob. Cit. Pág. 32

¹⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 33.

Si bien la fórmula del peso ha sido descrita por Alexy como un desarrollo complementario a la ley de ponderación, Carlos Bernal Pulido considera que ésta fórmula es un replanteamiento de esta ley, es una nueva ley de ponderación más sofisticada¹⁵⁷.

Según este autor, esto se debe a que, si se observa con atención, la relación de precedencia entre los principios en colisión que ésta fórmula pretende establecer:

“...no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso (o sea, ‘del grado de no satisfacción o de afectación de un principio’ y la ‘importancia de la satisfacción del otro’), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios”¹⁵⁸, por lo tanto, “...la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación y que es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuanto explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas”¹⁵⁹.

Por consiguiente, la nueva formulación de la ley de ponderación establecida por la fórmula del peso sería la siguiente: “Cuanto mayor sea el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i a la luz de las circunstancias del caso”. Esta ley puede expresarse, según Bernal, de la siguiente forma:

$$GP_i, JC \leq GP_j, iC$$

Si una medida satisface las exigencias de esta ley, es constitucional.

3.3. La carga de argumentación.

¹⁵⁷ BERNAL, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. Ob. Cit. Pág. 59.

¹⁵⁸ *Ibíd.* *Ídem*.

¹⁵⁹ *Ibíd.* *Ídem*.

En caso de obtenerse un empate en la fórmula del peso, es decir, cuando el peso de los dos principios ponderados en ella son idénticos y por tanto el resultado de la aplicación de ese algoritmo es 1, se debe aplicar el tercer elemento de la estructura de la ponderación: la carga de la argumentación.

Alexy¹⁶⁰ defiende dos formas de superar este empate: la primera a favor de la libertad y la igualdad, y la segunda a favor de la democracia.

La carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad estaría determinada por el principio *in dubio pro libertate* de tal forma que, en caso de empate, se debe favorecer a éstos principios (la libertad y la igualdad), y el principio contrario a ellos sólo puede prevalecer si se invocan en su favor razones más fuertes.

La carga de argumentación a favor de la democracia manda que cuando en el control de constitucionalidad de una ley se produzca un empate, esa ley debe considerarse como no desproporcionada y, por tanto, debe ser declarada constitucional.

A mi parecer, estas dos formas de solucionar los empates en la fórmula del peso se refieren a dos circunstancias distintas. La que juega a favor de la democracia se aplica específicamente en los casos de control de constitucionalidad de una ley, mientras que la otra opera en los demás casos. No existe motivo para debatir las bondades de la una frente a la otra a fin de acoger una única como válida. Ambas son válidas en circunstancias distintas.

IV. Objeciones contra la ponderación¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ibídem. Pág. 58. Este a su vez de: Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 549, 550 y 43 del epílogo de esa obra.

¹⁶¹ En todo lo que se refiere a las objeciones y los argumentos a favor de la ponderación sigo con mucha fidelidad el estudio introductorio que Carlos Bernal Pulido hace en el libro *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. Cfr. BERNAL, Carlos. *Estudio introductorio*. En: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Págs. XXV – LXXX, por lo que, cuando no cite una fuente distinta, debe entenderse que utilizo ese libro como bibliografía.

Los críticos de la ponderación difieren en los motivos que fundamentan su oposición. Así, entre otros, hay los que rechazan la ponderación por ser irracional; los que lo hacen por la supuesta violación del principio democrático y del Estado de Derecho, que se deriva de su irracionalidad; y, quienes en cambio niegan la existencia de una constitución material como supuesto argüido por los defensores de la ponderación, en pro de su objetividad.

4.1. La irracionalidad de la ponderación.

Quienes ven en la ponderación un método irracional para solucionar las colisiones de principios, sustentan su posición en la indeterminación conceptual de la ponderación; en la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación; en la falta de puntos de referencia para su aplicación; o bien, en la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios que son ponderados.

- a. *La indeterminación conceptual* de la ponderación, según los críticos, hace de ella una fórmula retórica o técnica de poder.

Dicha indeterminación conceptual se debe a la falta de una estructura jurídica determinada, y a la carencia de un significado unívoco y comprensible de los términos con los que ella se define.

La ponderación es una estructura vacía, porque no posee criterios jurídicos vinculantes para el juez que garanticen su objetividad, de tal forma que las decisiones del poder judicial en las que se ponderen principios, se puedan controlar en base a criterios preestablecidos. La ponderación sólo puede producir resultados, pero no puede justificar esos resultados.

Al ser una estructura vacía, la ponderación se llena de las apreciaciones subjetivas, ideológicas, empíricas y a veces arbitrarias de los jueces que la emplean. De esta manera, existirá una variedad de respuestas correctas para los casos en los que se la aplique.

- b. La *incomparabilidad* de los principios ponderados se debería a que los objetos comparados tienen diferencias radicales que los excluyen de cualquier comparación posible¹⁶²; la *inconmensurabilidad*, a la carencia de una organización jerárquica de los principios y de una medida común entre ellos que permita establecer el peso que le corresponde a cada cual, en un caso concreto¹⁶³.

La ponderación sólo podría ser considerada racional, si los elementos que se ponderan podrían ser referidos a un denominador común (como el dinero) que establezca la magnitud en la cual se comparan y valoran. En el examen de la ponderación no se dispone de un metro o una medida para sopesar la magnitud de los beneficios en un derecho fundamental y la de las desventajas en otro, de tal forma que se pueda establecer una relación de prevalencia.

De esta manera, la ponderación sería irracional pues no se puede construir una jerarquía entre los principios ponderados, ni establecer un patrón común de comparación entre ellos. Por consiguiente, ponderar es una metáfora que consiste en asignar un valor o peso a principios en colisión, para determinar subjetivamente cuál debe prevalecer.

La única solución a esta falencia sería, la referencia a un orden jerárquico que establezca la prevalencia entre los derechos. Si la Constitución no establece este

¹⁶² Juan José Moreso, haciendo una crítica a la valoración de las interferencias en los derechos estimadas por la variable IPiC o li, en la fórmula del peso de Alexy, considera que si bien Robert Alexy ha propuesto una escala triádica (leve, moderado y grave), no existe una regla para determinar la asignación de estos tres conceptos a un caso concreto. Tampoco se sabe, según ese autor, respecto de qué propiedad del principio se valora la intervención, y como hay varias propiedades candidatas para ello, podemos generar varias escalas distintas entre sí. Cfr. MORESO, Juan. *Alexy y la aritmética de la ponderación*. En: ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Primera edición. Editor CARBONELL Miguel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008. Pág. 74-75. En fin, concluye Moreso, “...sólo podemos construir una escala si estamos en posesión de conceptos métricos o, al menos, comparativos y en el ámbito de la ponderación entre derechos sólo disponemos de razones a favor y en contra, por lo tanto únicamente podemos generar conceptos clasificatorios”. Cfr. *Ibidem*. Pág. 75.

¹⁶³ Aquí es prudente mencionar el pensamiento de José Juan Moreso. Según él, al realizar la ponderación asignando pesos abstractos a los principios, puesto que ellos son independientes de cualquier circunstancia del caso concreto, deberíamos tener a nuestra mano una escala de ordenación abstracta de los principios, sin embargo, no existe ninguna escala de ese tipo que pueda ser aceptada razonablemente. Es más, no es claro qué es lo que debería medir esa supuesta escala, pues, por ejemplo, ¿cómo sabemos que la libertad de expresión tiene más peso que el derecho al honor? No tiene sentido preguntarse si preferimos una sociedad con la máxima libertad de expresión y un derecho al honor mínimo. Cfr. *Ibidem*. Pág. 74.

orden, únicamente podría derivarse o de la opinión general de los tratadistas, el derecho natural, la moral u otras entidades metafísicas. Es decir, de una constitución material.

- c. La *imposibilidad de determinar sus resultados* se debería a que la ponderación es un producto que contiene características de cada caso particular, siendo aplicable únicamente a éste y no la generalidad existente. Esto implicaría que las decisiones adoptadas mediante la ponderación, son una especie de jurisprudencia *ad hoc* que magnifica la justicia del caso concreto, mientras sacrifica la seguridad jurídica expresada en la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho.

Según José Juan Moreso, con la creación de una jurisprudencia *ad hoc*, "...se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones."¹⁶⁴, pues una sola característica peculiar puede justificar una decisión diversa a la que se ha atribuido a un caso anterior. "Es más, se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista..."¹⁶⁵.

- d. La *falta de puntos de referencia para su aplicación* es una crítica que parte de concebir a la ponderación como una aplicación del principio de proporcionalidad. Según esta posición, la ponderación es irracional por no tener un punto de referencia en base al cual construirse, lo que equivaldría a sugerir que carece de una estructura; sin embargo, refiero esta teoría en un apartado distinto a los demás por ser un criterio específico.

Los autores que piensan de esta manera, sostienen que la ponderación es irracional, pues carece de un punto de referencia objetivo y racional en base al cual determinar la prevalencia de un principio frente al otro¹⁶⁶. Tal cometido sólo podría lograrse si la

¹⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 75.

¹⁶⁵ *Ibidem*. Págs. 75-76.

¹⁶⁶ El principio de proporcionalidad del Derecho Administrativo y específicamente la ponderación como aplicación de su tercer subprincipio, en cambio, sí son racionales y objetivos, según estos autores, pues tienen un punto de referencia racional y objetivo en base al cual determinar la idoneidad, la necesidad y la prevalencia entre dos principios: la finalidad de la competencia que la ley otorga a la Administración. Cfr. BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los*

Constitución estableciera la jerarquía y el contenido de los derechos, hecho imposible por la indeterminación necesaria de las normas jurídicas.

En la ponderación, no siempre existe una única respuesta capaz de conseguir el consenso general para determinar la relación de prevalencia entre dos principios. Es más, en algunos supuestos es posible que no exista una única respuesta correcta para esta interrogante, por la diversidad de visiones e ideologías de las personas que participan en la práctica constitucional. Existirán, en ciertos casos, por tanto, tantas decisiones con contenido distinto, cuantos juzgadores conozcan el asunto controvertido.

Si existiesen puntos de referencia o criterios racionales para llevar a cabo la ponderación, éstos permanecerían en el campo de la moral. Al ser parte de este campo, esos criterios, carecerían de fuerza jurídica, ya que no existiría ningún mecanismo de índole coercitiva que garantice su aplicación.

De esta forma, el juez al aplicar el principio de proporcionalidad y la ponderación, tiene un ámbito de actuación demasiado amplio, por lo que dependería exclusivamente de él determinar qué es lo justo en la sociedad en cada momento y frente a cada controversia suscitada.

En resumen, quienes reprueban la ponderación por su irracionalidad, sostienen que ella puede llevar a todo tipo de decisiones por ser una estructura vacía carente de un punto de referencia, que es llenada por la subjetividad del juez, creando normas particulares y concretas en rémora de la seguridad jurídica.

4.2. La violación del principio democrático y del Estado de Derecho.

Los detractores de la ponderación que se apoyan en este motivo, sostienen que debido a las críticas de irracionalidad de la ponderación, antes expuestas¹⁶⁷, el Tribunal Constitucional no tiene legitimidad constitucional para ponderar y, si pondera, interviene en las competencias que la Constitución encarga a otros poderes públicos.

Al juez no le es legítimo ponderar, pues cuando lo hace, sus decisiones no pueden controlarse mediante criterios jurídicos objetivos, y por tanto, las valoraciones en base a las que toma una decisión, encubren bajo la supuesta legitimidad de la ponderación sus antojos políticos. Es más, si pondera restringe e incluso usurpa la competencia legislativa para configurar la Constitución.

La actividad de conciliar o armonizar los intereses sociales, es una competencia exclusiva del legislador, en todo Estado Democrático. Sólo a él le compete el establecimiento de la primacía de ciertos derechos o bienes sobre otros, es decir, la configuración de la Constitución.

Equilibrar los costos y beneficios de las actuaciones públicas que violentan los derechos humanos, es por definición una actividad política, cuyo resultado debe ser producto de la discusión entre los representantes de los ciudadanos

La ponderación implica identificar los puntos óptimos en los que deben satisfacerse de mejor manera los derechos fundamentales en colisión, es decir, el establecimiento de la prevalencia entre derechos. Dicha actividad es imposible, y por lo tanto irracional. De esta forma, en cada ponderación que el Tribunal Constitucional realiza, determina esos puntos óptimos según sus apreciaciones subjetivas, arbitrariamente, anulando las decisiones que el legislador ha tomado para cada caso y estableciendo las suyas.

¹⁶⁷ En este sentido debe entenderse que, una vez desvirtuadas las alegaciones en contra de la irracionalidad de la ponderación, automáticamente quedará sin sustento esta tesis. No obstante, queda a salvo otra perspectiva de esta tesis, que expongo en este apartado y ha sido desvirtuada por el tratamiento que de la ponderación hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La función primordial del juzgador es aplicar el Derecho y no determinar fórmulas de composición entre intereses sociales¹⁶⁸. Por ello, cuando el juez pondera usurpa esa competencia del legislador.

En un sentido similar, según los críticos, la ponderación vulnera la separación de poderes como principio básico del Estado de Derecho. Esto se debe a que el órgano encargado de conocer el amparo contra las sentencias de la jurisdicción ordinaria, al sustituir la interpretación de las reglas y principios de Derecho o la valoración de las pruebas realizada por el juez ordinario, con una interpretación o valoración adecuada según su ponderación, interferiría indebidamente en el campo de la interpretación de la justicia ordinaria.

La interferencia sería indebida, debido a que ese órgano realiza una actividad ilegítima: ponderar, pues le es imposible determinar los puntos óptimos de satisfacción de los derechos en colisión, como expliqué antes.

¹⁶⁸ En nuestro país esta objeción no tiene cabida, ya que la misma Ley inviste de legitimidad al juez para realizar una ponderación al interpretar la Constitución, y por tanto, para establecer las relaciones de precedencia entre los bienes y derechos constitucionales. Así lo establece expresamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por este motivo no analizo las soluciones propuestas a esa falta de legitimidad por Aleinikoff, pues en el caso ecuatoriano la legitimidad del juez para ponderar se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico. Aleinikoff sostenía que la legitimidad de los jueces para efectuar la ponderación, puede solucionarse con tres intentos de superación. El primero consiste en considerar que la jurisdicción constitucional tiene la función de solucionar los errores de cálculo legislativo, pues en toda sociedad reviste de capital importancia que los intereses políticos y económicos sean articulados adecuadamente. El segundo, en atribuir a la jurisdicción constitucional la función de velar por que los intereses de las minorías no sean menospreciados o ignorados en la discusión parlamentaria. El tercero, en que la jurisdicción constitucional al ponderar únicamente interpreta la Constitución a fin de esclarecer si los intereses que auspicia la medida legislativa, restringen el derecho vulnerado, por lo que la actividad de ponderar de los jueces no significa intromisión en las funciones del legislador. En este último intento de superación se encuentra ubicado el caso ecuatoriano, por expresa disposición de la Ley que la establece como método de interpretación jurídica constitucional, por lo que las críticas de ilegitimidad de la ponderación no tienen sustento y es ocioso entrar a considerarlas. Ahora, Aleinikoff argumenta que aún cuando la tensión entre las competencias del legislador y de los jueces con ésta teoría sea superada, queda latente el hecho de que la ponderación se basa en criterios irracionales debido a la inconmensurabilidad de los principios en colisión, por lo que lo que se diga en contra de esa tesis debe tenerse encuentra para dar solidez a la teoría que defiende la legitimidad de esta actividad. Cfr. BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Pág. 202 – 205.

4.3. *La negación de la existencia de una constitución material*¹⁶⁹.

Los críticos de la ponderación, en su intento de entender la posición de los partidarios de la misma, han desarrollado la teoría de la constitución material subyacente al texto constitucional. Esta teoría se deduce fácilmente de los postulados básicos en que los defensores de la ponderación yerguen su pensamiento, por lo cual, aunque ellos no la hayan desarrollado, los detractores la asumen como una premisa tácita del pensamiento de quienes ven en la ponderación un método objetivo y no discrecional para solucionar las colisiones de principios.

Según los críticos, la ponderación implica encontrar un punto óptimo de satisfacción de los derechos en colisión; y, aceptar el descubrimiento de ese punto óptimo como algo posible, supone entender a la Constitución como un sistema axiológico pleno y coherente que subyace al texto constitucional, y es más, que es independiente de él, pues no se entiende de otra forma cómo se pueden interpretar los enunciados constitucionales de los derechos fundamentales que son indeterminados, sin contenido, sino por la existencia de una constitución metafísica que solucione los conflictos *a priori*¹⁷⁰.

Las normas de derecho fundamental del texto constitucional, por lo tanto, tan sólo instituyen una moral material preexistente en sus disposiciones. Esa moral material es el contenido de la constitución material o metafísica. Ella es una moral positivizada.

La constitución material prevé una sola respuesta para cada caso posible y tiene tres caracteres: es plena (pues no tiene lagunas, y prevé una solución para todos los casos), coherente (no tiene contradicciones normativas) y clara (no es indeterminada)¹⁷¹.

¹⁶⁹ Las objeciones de la inconmensurabilidad de los principios en colisión son solucionadas, por muchos autores, con el establecimiento de una jerarquía de los principios constitucionales contenida en la llamada constitución material; por lo que, las observaciones que se establezcan en contra de esta tesis en este apartado, deben tenerse en cuenta al momento de analizar la inconmensurabilidad.

¹⁷⁰ GARCÍA, Juan. *Derechos y pretextos*. Pág. 241, 242, 244. En: GUASTINI, R. ARAGÓN, M. COMANDUCCI, P. FERRAJOLI, L. ZAGREBELSKY, G. Et. Al. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Editor: Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid – España. 2007.

¹⁷¹ Todas las características de la supuesta constitución material en el pensamiento de Juan Antonio García Amado, derivan de un solo hecho: cómo se debe entender lo que dice la Constitución. Según la posición del constitucionalismo positivista, que comparte García Amado, las constituciones como cualquier norma son un decir con palabras, y por lo tanto, "...mandan por sí lo que claramente se corresponda con la referencia de sus términos y enunciados.". En aquellos

Al juez le debe interesar la constitución material y los principios morales previstos en ella, dejando a un lado las disposiciones del texto constitucional.

De esta forma, las decisiones del juez además de objetivas no son discrecionales, pues a él sólo le corresponde escoger la única solución prevista para cada caso en la constitución material, y no elegir entre las distintas interpretaciones posibles del texto indeterminado de los derechos fundamentales¹⁷².

temas donde no se sabe si la Constitución dice algo o no (zonas de penumbra), según el constitucionalismo positivista, aquello que manda la Ley Fundamental puede ser concretada de distintos modos, siempre y cuando no se contradiga “la semántica constitucional”. En cambio, según el neoconstitucionalismo, “El contenido de la constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es pre lingüística, es axiológica. Por eso las constituciones dicen más de lo que sus términos significan.” Cfr. GARCÍA, Juan. Ob. Cit. Pág. 239. Todo esto lleva como consecuencia, en el neoconstitucionalismo, la existencia de una constitución material, pues el que los principios constitucionales “...digan sin decir, determinen indeterminadamente, indiquen lo que no expresan, manden lo que no enuncian, obliguen a lo que no especifican, signifiquen sin referir (...) presupone una ontología peculiar (las normas preexisten a su enunciación, son más idea que empiria)...”. Cfr. Ibídem. Pág. 244.

¹⁷² No se debe confundir la constitución material cuya existencia niega esta teoría, con la constitución material sobre la que trata el neoconstitucionalismo. La primera es una constitución independiente y distinta del texto constitucional; existe paralelamente, y es más, es superior a él. Es decir, la doctrina que se observa reconoce la existencia de dos entes distintos: la constitución material o metafísica y el texto físico de la constitución. Por el contrario, la constitución material sobre la que escriben los neoconstitucionalistas es diferente: se trata de un tipo de constitución con derechos fundamentales y principios de derecho natural incorporados en ella, que se contraponen antagónicamente a la denominada constitución formal que no contiene esos principios y derechos. Cuando se habla de ella no se hace referencia a una entidad superior o independiente al texto constitucional de un país. Es por eso que en la doctrina constitucional moderna se dice que los documentos constitucionales han sufrido una sustancialización o rematerialización, pues la Constitución “...ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las leyes y del conjunto de las normas: la Constitución en términos rigurosos <<es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes>>.” Cfr. PRIETO, Luis. *Ley, principios, derechos*. Editorial Dykinson. 1998. Madrid - España. Pág. 36. [Sitio en internet]. Disponible en: http://ebooks.elcorteingles.es/LEY_-PRINCIPIOS_-DERECHOS-PRIETO-SANCHIS_-L_-DYKINSON-LibroEbook-8481558370.html. Acceso: 26 de julio del 2010. Los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución forman un orden de valores propios del texto constitucional, de tal forma que, se ha traspasado el conflicto entre el derecho y la moral al derecho positivo. Los mandatos de lo que debe ser extrajurídicamente se han juntado en la Constitución con los mandatos de los que debe ser jurídicamente. Cfr. PRIETO, Luis. *Ley, principios, derechos*. Pág. 37. Esto se debe a que, como indica Ferrajoli, “...entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas.” Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. Pág. 358. De esta manera, para que las normas adquieran validez no sólo deben cumplir con requisitos de regularidad formal sino también con condiciones de justicia sustancial incorporadas a la Constitución. Por ejemplo, anteriormente se podía decir que una

Según todos estos razonamientos, la ponderación es calificada como un ingenuo formalismo constitucional.

4.4. La falta de consideración de los límites constitucionales de los derechos en la solución¹⁷³.

Según Ignacio Villaverde Menéndez, la ponderación no considera los límites impuestos por la Constitución a los derechos humanos, pues, soluciona la colisión de principios únicamente a partir de los datos del caso concreto. De esta forma, ella relativiza el contenido de los derechos fundamentales pues hace depender las expectativas que un derecho protege no de los límites constitucionales sino de las circunstancias del caso concreto, que al juicio del juzgador provoquen que un derecho prevalezca sobre el otro, al margen de sus límites.

Esta falencia de la ponderación, se debería a que el concepto de colisión de principios está mal concebido, pues se considera que la circunstancia que él describe es una colisión entre derechos, cuando en realidad la colisión se da entre el derecho fundamental y sus límites, pues entre sus límites se encuentran los derechos fundamentales de terceros.

norma era válida aún cuando establezca penas desproporcionadas respecto al delito sancionado, con tal que haya cumplido con el proceso de formación de la ley previsto por la Constitución, pues aún cuando la exigencia de este principio era justa y racional, tenía un carácter extrajurídico y por lo tanto era irrelevante. Cuando se adoptó en la Constitución el principio de la proporcionalidad de las penas, su cumplimiento pasó a ser un requisito más para determinar la validez de las normas. La validez ha dejado de ser algo vinculado exclusivamente con el cumplimiento de las formas, y exige hoy en día un examen de la concordancia de las normas con lo sustancial o material de la Constitución. La Ley ha dejado de ser una norma que se debe obedecer indiscutiblemente por el simple hecho de ser la voluntad del legislador manifestada en la forma prescrita en la Constitución. La Ley se respeta si es justa, y esa justicia se juzga a la luz de los principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución. La ley ahora sí se encuentra sometida por una Norma Superior que no sólo controla su validez formal, sino su racionalidad y su equidad conforme los principios de derecho natural incorporados a su texto.

¹⁷³ VILLAVERDE, Ignacio. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*. En: ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Primera edición. Editor CARBONELL Miguel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008. Pág. 175 – 187.

En base a esos razonamientos, Villaverde niega la existencia de colisiones entre derechos, pues los límites de un derecho no colisionan con él, sino que justamente le sirven para evitar sus posibles colisiones con otros principios.

Sentados así los argumentos, dicho autor demuestra con un ejemplo cómo con esta falencia de la ponderación se llegaría a cometer exabruptos: ¿Puede justificarse el uso de la tortura si con ello se logra salvar vidas humanas inocentes? Esa interrogante existiría en el caso hipotético de que se capture a una persona que sepa a qué hora, en qué lugar y en qué forma se puede desactivar un artefacto explosivo colocado en un centro comercial. Aplicando la ponderación en este caso, se obtendría que entre los principios en colisión (el derecho a la integridad física del detenido y el derecho a la vida de los transeúntes), debe prevalecer el derecho a la vida de las personas inocentes que transiten por el centro comercial. Esto implicaría autorizar la tortura, sin contemplar los límites constitucionales establecidos.

Efectivamente, con esa solución, se desconoce el mandato constitucional que prohíbe la tortura, los tratos degradantes e inhumanos. A esto se llegaría ya que en la ponderación no se resuelve el caso teniendo en cuenta los límites de los derechos, sino únicamente las circunstancias del caso concreto.

Esta objeción a la ponderación, según el mismo Autor, se sobrelleva si es que se considera que las colisiones entre principios son un problema de delimitación y, luego, de limitación de los derechos fundamentales en pugna. El límite a los derechos fundamentales siempre debe preceder a cualquier ponderación.

La fórmula con la cual Villaverde la soluciona es simple: utilizar el principio de proporcionalidad al realizar una ponderación, pues:

“A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo

de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del mismo.”¹⁷⁴.

En fin, la crítica de Ignacio Villaverde Menéndez constituye un argumento en contra de la aplicación de la ponderación sin considerar como medio para efectuarla al principio de proporcionalidad. No se dirige a rechazar la ponderación como juicio racional, sino contra su estructura.

4.5. Las normas constitucionales no son valores.

Según Jürgen Habermas, la ponderación, y en general toda la “teoría de los valores”¹⁷⁵ desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, tratan a las normas constitucionales como valores y no como principios, lo cual desemboca en un aumento del riesgo de juicios irracionales y convierte al Tribunal constitucional en una entidad autoritaria¹⁷⁶.

Las diferencias entre los principios y los valores, según este autor, serían las siguientes¹⁷⁷: i) los principios obligan a sus destinatarios, sin excepción alguna y por igual, a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas (lo que es bueno es bueno para todos y por igual), mientras que los valores obligan no a todos sino sólo a algunos de sus destinatarios a cumplir determinadas conductas, dependiendo las preferencias intersubjetivamente compartidas (lo que es bueno, es bueno para cada uno según un principio sea más atractivo que otro); ii) los principios son válidos o inválidos en un determinado caso, en cambio los valores son válidos en un mayor o menor grado, dependiendo el caso, de tal forma que la codificación de su pretensión de validez es binaria y gradual, respectivamente; iii) los principios tienen un sentido deontológico y los valores uno teleológico, es decir, hacen referencia a acciones sujetas a obligaciones

¹⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 182.

¹⁷⁵ Entiendo que al hablar de una teoría de los valores se refiere a la teoría de los principios de Alexy, explicada en este trabajo. Creo que por eso dice el autor que “...los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables.” Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción e introducción por Manuel Jiménez Redondo. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2005. Pág. 329.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Págs. 326 y ss.

¹⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 328.

incondicionales y universales (es bueno para todos), o a fines relativos deseados (es bueno para algunos), respectivamente; y, iv) los principios no se contradicen unos a otros, pues forman un sistema y tienen relación coherente, mientras que los valores compiten entre sí por ser los primeros, y por lo tanto, se contradicen.

Todas estas diferencias trastocan la lógica de la argumentación, pues la acción de una persona tiene distinta orientación según se determine por principios o por valores. En el primer caso, ante la pregunta qué debo hacer, la respuesta sería lo que es obligatorio hacer, mientras que en el segundo caso, el comportamiento mejor y más recomendable.

La errónea comprensión de las normas constitucionales como valores, conlleva dos consecuencias:

1) Cuando el Tribunal Constitucional aplica la ponderación desconoce una serie de valores materiales dados por la Constitución.

La Ley Suprema no sólo funda al Estado, sino que expresa una “autocomprensión ética de la comunidad histórica”¹⁷⁸ en los valores fundamentales que ella prevé y que responden al consenso de la mayoría de la población. Los ciudadanos deben reconocer sus aspiraciones e intereses en esos valores fundamentales plasmados en la Ley Fundamental, y no en las convenciones morales que atiendan a sus particulares intereses¹⁷⁹. Cuando el Tribunal Constitucional aplica la ponderación se convierte en una entidad autoritaria, pues impone a la justicia y al legislador una visión ética particular, contraria a la visión ética del consenso de la mayoría de la población, plasmada en la Constitución¹⁸⁰.

2) La ponderación, al tratar a los derechos humanos como valores que en un caso pueden tener una jerarquía y en otro otra distinta, pues para su establecimiento no hay criterios racionales, se lleva a cabo o bien de forma arbitraria o bien de forma no reflexiva,

¹⁷⁸ *Ibíd.* Págs. 330-331.

¹⁷⁹ *Ibíd.* Ídem.

¹⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 332.

es decir, conforme a los estándares morales particulares¹⁸¹. Por lo tanto, la ponderación “...aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.”¹⁸².

Al resolver colisiones de principios, según Habermas, lo único que debería importar en cada caso son los derechos, no argumentos como la seguridad del Estado, la capacidad de funcionamiento del ejército, etc. Cuando los derechos humanos son considerados como principios son sustraídos a ese análisis de costes beneficios y en caso de colisión de preceptos jurídicos:

“...no es menester una decisión acerca de en qué grado han de cumplirse en cada caso valores que compiten entre sí. Antes (...), la tarea consiste en hallar entre normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Entre la norma que venga al caso y las normas que – sin perjuicio de seguir siendo válidas- pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto. Las normas que vienen al caso y las normas que, aun habiendo sido candidatas para ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas <<adecuadas>> e <<inadecuadas>>.”¹⁸³.

Quienes estudian el pensamiento de Habermas, sostienen que esta última cita textual significa que para él la ponderación no es necesaria porque no puede ocurrir, y que si llegara a ocurrir se trataría de una apariencia superable, pues siempre habrá un principio más adecuado que otro y se lo puede encontrar sin la ponderación¹⁸⁴.

V. Argumentos a favor de la ponderación.

¹⁸¹ Ibídem. Ídem.

¹⁸² Ibídem. Ídem.

¹⁸³ Ibídem. Pág. 333-334.

¹⁸⁴ PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Pág. 26.

Los argumentos a favor de la ponderación, parten desde una réplica a las críticas ya mencionadas.

5.1. *La racionalidad de la ponderación.*

En contra de la supuesta irracionalidad de la ponderación los autores sostienen diversos argumentos, que a su vez sirven de sustento para demostrar su racionalidad. Estos argumentos se exponen a continuación.

5.1.1. *La hiperracionalidad de la pretensión de los críticos.*

La irracionalidad esgrimida por los críticos, denota una pretensión de hiperracionalidad, imposible de alcanzar en ningún ámbito normativo. La crítica de irracionalidad pretende que la ponderación alcance la objetividad plena, de tal forma que se convierta en algo semejante a la aplicación de un algoritmo matemático¹⁸⁵, hecho imposible pues toda actividad humana está vinculada con la subjetividad, por lo que no existe alguna que pueda ser calificada como plenamente objetiva.

La pretensión de objetividad de los críticos es, por lo tanto, irracional, pues desconoce que la racionalidad sólo puede satisfacerse dentro de determinados límites, en toda actividad humana.

La objetividad plena es imposible. Ella sólo podría alcanzarse si el ordenamiento jurídico determinara expresamente el contenido de los principios y atribuyera una solución única para cada caso particular, lo cual pugna fuertemente contra la realidad de la estructura de las disposiciones de derechos humanos, pues éstas siempre son indeterminadas y contienen previsiones generales.

¹⁸⁵ Al utilizar estas palabras los autores se refieren a la idea de que en la aplicación de un algoritmo matemático, no hay cabida a subjetividades. Todo es objetivo y preciso, sólo existe una respuesta.

Por otra parte, la objetividad plena es indeseable, pues si las disposiciones normativas serían tal y como se acaba de describir, el derecho se petrificaría, ya que las decisiones del legislador, la administración y el poder judicial estarían predeterminadas por las normas de derecho fundamental; y, sería necesario reformar la constitución para solucionar los nuevos problemas sociales que sobrevengan. De esta forma, la discusión democrática se habría eliminado.

Los argumentos en contra de la ponderación, sirven más bien para que los autores demuestren la objetividad de la misma, al momento de refutarlos. La ponderación es objetiva, sostienen, porque ella misma reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ser objetivamente pleno; su estructura misma reconoce los límites de su propia racionalidad.

Este reconocimiento de los límites de su racionalidad estaría establecido en la fórmula del peso mediante la variable S.

5.1.2. La racionalidad teórica y práctica de la ponderación¹⁸⁶.

La ponderación es racional teóricamente porque se propone como una estructura clara, determinada y libre de contradicción en su aplicación de los derechos fundamentales. Esa estructura está dada por la combinación de la ley de ponderación, la ley de colisión, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

La existencia de esta estructura supone además que las objeciones de su indeterminación conceptual, la inconmensurabilidad e incomparabilidad de los objetos ponderados y la imposibilidad de determinar sus resultados, sean refutadas, demostrándose de esta forma su racionalidad¹⁸⁷.

¹⁸⁶ El concepto de racionalidad en el sentido más abstracto, puede ser visto desde dos perspectivas: una teórica y una práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe satisfacer para ser considerado racional. Esas condiciones son que la teoría o el concepto tenga una estructura precisa, clara y libre de contradicciones. En cambio, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe cumplir para ser racional. Cfr. BERNAL, Carlos. *La racionalidad de la ponderación*. Ob. Cit. Pág. 50 y 51.

¹⁸⁷ Luis Prieto Sanchís ha dicho que si bien las circunstancias que han de ser tomadas en consideración en la ponderación constituyen una variable de difícil determinación, y por lo tanto, la

Verbigracia, la ley de ponderación, según este criterio, determina con claridad conceptual la estructura básica de la ponderación en los tres corolarios derivados de su aplicación; y mediante la escala triádica se puede comparar los grados de intervención y de satisfacción de los principios en colisión, los pesos abstractos y la seguridad de las premisas empíricas.

La tesis que sostiene que la ponderación crea jurisprudencia *ad hoc* es refutada arguyendo en su contra la ley de colisión. Mediante esa ley se entiende que es posible que las jurisprudencias en las que se utilizó la ponderación, sean aplicadas en casos futuros análogos o similares, pues, las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una norma que establece como consecuencia jurídica esa precedencia. Los precedentes jurisprudenciales en los que se utilizó la ponderación son normas adscritas a las normas de derechos humanos, que deben aplicarse cuando un caso se subsuma en el supuesto de hecho de esa norma¹⁸⁸.

Por otro lado, los autores sostienen que la ponderación también es racional desde el punto de vista práctico. Esto se debe a que su estructura argumentativa satisface las necesidades de racionalidad de cualquier discurso jurídico, y es más, permite fundamentar las decisiones que se toman en base a ella, en el marco del sistema jurídico.

jerarquía móvil que implica la ponderación descansa sobre juicios de valor, esto no "...significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna.". Cfr. PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁸⁸ El Art. 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 436 numeral 2 de la Constitución, dice que los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional tienen fuerza vinculante. Dichos parámetros interpretativos pueden ser establecidos precisamente a través de la ponderación, debido a que es un método de interpretación constitucional según el Art. 3 de esa misma Ley. Por lo tanto, las ponderaciones realizadas por la Corte Constitucional, al ser interpretaciones de la prevalencia entre los derechos en nuestra Constitución, tienen carácter vinculante y deben ser observadas por todos los órganos de la administración pública, excepto por la propia Corte Constitucional cuando se aleje de esos precedentes a fin de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos humanos o la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, tal y como manda el ya mentado Art. 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La estructura argumentativa de la ponderación surge del deber fundamental del juez, que al aplicarla, le exige justificar debidamente la asignación de las magnitudes a las variables de la fórmula del peso.

A esto se debe el que, tanto en los casos en que es fácil determinar la magnitud de las variables de la fórmula del peso, así como en aquellos donde esa tarea es más difícil - existiendo consiguientemente un mayor grado de discrecionalidad de los jueces -, la racionalidad de la ponderación nunca se encuentra afectada en ellos.

Los requerimientos argumentativos de la estructura de la ponderación lo impiden.

Además, la existencia de un sistema de cargas de argumentación en la fórmula del peso contribuye a esa racionalidad práctica. Este sistema se encuentra determinado por reglas argumentativas para la determinación de las magnitudes de cada una de las variables, que limitan la discrecionalidad de la ponderación. Una especie de esas reglas argumentativas es la ley de ponderación.

De esta forma, las cargas argumentativas dejan en claro al juez qué es lo que debe fundamentar en su sentencia, mientras que la opinión pública sabe qué debe controlar en esa decisión.

5.2. La negativa a la existencia de una constitución material y el respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental.

La teoría de la constitución material ha sido negada rotundamente. En contra de ella se han esgrimido varios argumentos. En primer lugar, se ha dicho que en una sociedad pluralista, nunca podrán existir principios morales con significado objetivo, por lo cual, al juez le sería imposible conocer objetivamente esos principios – de los que está compuesta la constitución material- para dar solución a los casos sometidos a su conocimiento.

También, se sostiene que la moral como fuente de la que emana la jerarquía entre los principios constitucionales, es muy volátil como para pensar que de ella puede surgir algo de tanta trascendencia como un orden jerárquico de esas cualidades; y, que es más, aún cuando esto fuera posible, cabría dudar sobre la legitimidad de esas fuentes, pues ¿cómo en una democracia, las siempre controvertibles determinaciones de esta fuente han de prevalecer sobre las decisiones del legislador?

Por otro lado, se ha argumentado que una escala material u orden jerárquico de derechos dotaría de tanta objetividad a la ponderación que se conduciría inevitablemente a un paradigma de la jurisprudencia mecánica, por la cual la labor del juez se reduciría a la aplicación de esa escala y a decidir automáticamente los casos.

Finalmente, se ha dicho que con el orden jerárquico de derechos que supone la constitución material, se clausuraría el sistema constitucional de inclusión de nuevos derechos y se dificultaría su adaptación al cambio. De esta manera, se petrificaría el contenido de los derechos.

No se puede negar que los derechos humanos son una institucionalización de los valores de la teología o de la moral en el sistema jurídico, en forma de derechos fundamentales. Desde el punto de vista histórico y filosófico jurídico, conceptos como libertad e igualdad, que forman hoy parte del catálogo de derechos humanos, fueron desarrollados primero por la filosofía política y la moral como algo bueno, deseable y objeto de los derechos de la persona; es en tiempos posteriores a este desarrollo, que se los institucionalizan en la Constitución como derechos humanos.

Ese desarrollo conceptual e institucionalización histórica innegables, implica que, quien investigue el contenido de los derechos fundamentales, debe recurrir inexorablemente a la moral crítica.

No obstante, aceptar como válida la tesis de la institucionalización de la moral en los derechos humanos no implica reconocer la existencia de una constitución metafísica o material. Los principios de derecho fundamental no tienen existencia ideal, sino que existen en el derecho positivo y tienen validez bajo las condiciones de ese sistema

jurídico. Son las disposiciones de derecho fundamental las que definen el contenido de los derechos humanos.

Las disposiciones de derechos humanos son indeterminadas en el ordenamiento jurídico, pero tienen un margen semántico en relación a su objeto. Este margen semántico tiene ciertos límites: los límites del posible significado al tenor literal de la Constitución y los que establece directamente la Constitución. Dentro de ese margen semántico limitado, el juez debe realizar la interpretación, estableciendo qué es lo debido.

Aún cuando en la moral el principio de derecho fundamental sea más amplio, su contenido dentro del ordenamiento jurídico se limita, de esta manera, a lo que establezca la disposición de derecho humano en el margen semántico correspondiente. Es por eso que se sostiene que la tesis de la institucionalización atribuye a los derechos humanos una existencia independiente del ámbito moral, y es más, lo coloca por encima de éste.

La aplicación de un principio mediante la ponderación supone que ese principio como mandato de optimización se subsume dentro del supuesto de hecho de una disposición de derecho fundamental, por lo que, los márgenes semánticos de esa disposición limitan las posibilidades semánticas de optimización de ese principio. Es decir, los márgenes semánticos limitan la ponderación, en tanto ésta implica interpretar el contenido de los principios en colisión para establecer el punto óptimo de su satisfacción.

Además, los precedentes jurisprudenciales también implican un límite para la ponderación, de tal forma que la existencia de una constitución material resulta inverosímil, y los argumentos a favor de la ponderación se fortalecen.

La ponderación está muy lejos de ser un formalismo constitucional como sostenía la tesis refutada.

5.3. *Los límites epistémicos de los principios.*

Las variables que contiene la fórmula del peso, pueden ser determinadas libremente por el juez, según su mejor criterio. Estas amplísimas facultades para definir dichas variables, dentro de lo que no está prohibido por la constitución, han sido definidas como márgenes de acción epistémicos relativos a las premisas normativas y empíricas.

Según el sentido de esa expresión, el legislador o los jueces ordinarios tienen un amplio campo para determinar el contenido de las premisas normativas o empíricas, dentro del marco delimitado por esos márgenes de acción estatuidos por la Constitución, es decir, por sus prohibiciones o mandamientos. Verbigracia, en el caso del legislador, donde la Constitución no dice nada, él puede decidir libremente, según su criterio, creando normas que no violenten las prohibiciones o mandamientos de la Ley Fundamental.

Las premisas empíricas, se refieren a los razonamientos que se llevan a cabo para determinar las magnitudes de las variables de la fórmula del peso; las premisas normativas, en cambio, a los razonamientos en base a los que se determina la importancia de las posiciones de derecho fundamental en cada caso, el peso abstracto de un derecho o su contenido, cuando la Constitución no establece nada. Esas premisas se refieren a las posibilidades jurídicas y fácticas de la ponderación.

La teoría de los principios reconoce la dificultad de determinar los puntos óptimos de satisfacción de los principios en colisión, por la limitación del juez o legislador para reconocer con certeza la magnitud debe ser asignada a cada una de las variables de la fórmula del peso (límites epistémicos). Es decir, reconoce que en las premisas normativas y empíricas de una ponderación, en base a las que se determinan estas variables, pueden existir distintos grados de certidumbre por la libertad con que el legislador y el juez ordinario cuentan, debido a sus márgenes de acción.

Una de las principales críticas dirigidas contra la fórmula del peso, como ingrediente de la estructura de la ponderación, sostiene que ella no contempla los márgenes de acción y por tanto la certidumbre o incertidumbre en las premisas normativas y empíricas.

La fórmula del peso reconoce la imposibilidad de determinar con certeza la magnitud de las variables de acuerdo a las premisas empíricas (límites epistémicos relativos a las

premisas empíricas), incluyendo la variable S. Sin embargo, no reconoce los límites epistémicos relativos a las premisas normativas.

Carlos Bernal Pulido¹⁸⁹ expone una forma de solucionar ésta crítica. Primero, sostiene, se debe ampliar la definición de los principios en tanto mandatos de optimización, de tal forma que se integre en ella la teoría de los márgenes de acción. Una vez integrada esa teoría, los principios deben ser entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas (es decir considerando la certidumbre de las premisas normativas y empíricas) existentes.

Esta implementación supone, según mi criterio, la consideración de la ley epistémica de ponderación al realizar la ponderación. Esa ley dice: cuanto mayor sea el grado de intervención en un principio, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la fundamentan.

Un segundo paso para sobrellevar la crítica consiste en incorporar en la variable S los límites epistémicos relativos a las premisas normativas, por lo cual esa variable implicaría no sólo la seguridad de las premisas empíricas sino también de las normativas.

5.4. Réplica a la crítica de Habermas.

Según Luis Prieto Sanchís, la posición de Habermas según la cual un principio no puede tener más o menos peso, sino que debe ser adecuado o inadecuado para regular el caso concreto, es insostenible.

En primer lugar, porque no existen "...procedimientos o argumentos alternativos en orden a perfilar el contenido estricto de cada norma y su correspondiente adecuación abstracta a un catálogo exhaustivo de posibles casos de aplicación."¹⁹⁰, pues ello sólo sería viable

¹⁸⁹ BERNAL, Carlos. *Estudio introductorio*. Pág. LIII – LVI. En: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Págs. XXV – LXXX.

¹⁹⁰ PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Ob. Cit. Pág. 27

si fuera posible establecer relaciones de especialidad entre principios y derechos constitucionales¹⁹¹.

Ese hecho es irrealizable porque en las antinomias entre principios, los principios tienen ámbitos de validez parcialmente coincidentes, de manera que en ciertos supuestos de aplicación entran en contradicción, perdiendo validez, pero en otros, donde no se produce esa contradicción, son totalmente válidos. En cambio, en las antinomias entre reglas siempre una de las normas resulta conflictiva en todos los supuestos de aplicación¹⁹².

Las colisiones entre principios no presentan obligaciones contiguas o sucesivas, de manera que una persona deja de estar sometida a una en el momento en que se encuentra llamada a cumplir la otra. Por el contrario, los principios en colisión presentan obligaciones superpuestas y la persona está llamada a cumplir ambas al mismo tiempo¹⁹³.

En palabras sencillas, este Autor sostiene que cuando dos principios colisionan no es posible determinar cuál es especial para resolver el caso concreto, cuál es válido y cuál es inválido mediante criterios de especialidad, como pretende Habermas.

En segundo lugar, Prieto Sanchís sostiene que la crítica de Habermas es errónea, pues la ponderación no trata de establecer la validez gradual de los principios que compiten entre sí contradiciéndose (este principio tiene validez en un porcentaje y el otro en otro porcentaje), sino que por el contrario está orientada a la búsqueda de la norma adecuada, la norma que debe regular el caso que en principio parece estar regulado también por otra norma de sentido contrario¹⁹⁴. La "...ponderación desemboca en el triunfo de uno de los principios en pugna, no en la búsqueda de un punto intermedio que en parte sacrifique y en parte dé satisfacción a ambos."¹⁹⁵.

¹⁹¹ *Ibidem.* Ídem.

¹⁹² *Ibidem.* Págs. 11-12.

¹⁹³ *Ibidem.* Ídem.

¹⁹⁴ *Ibidem.* Pág. 27.

¹⁹⁵ *Ibidem.* Ídem.

Finalmente, es mi opinión personal que por más que la ponderación a veces permita argumentaciones irracionales y soluciones dispares, es la única medida para dar una salida a las antinomias entre principios que se presentan frecuentemente. Los principios de la Ley Fundamental son indeterminados y casi siempre se hace necesario que la jurisprudencia llene su contenido y establezca los límites donde uno y otro deben imperar. Es imposible llegar a una solución mediante otra operación que no sea la ponderación, pues precisamente los principios no prevén supuestos de hecho que permitan obtener soluciones definitivas.

En todo caso, la ponderación se concilia con esta característica de los principios constitucionales, resolviendo en cada caso lo que corresponda, y no trata de desconocer esta realidad, creyendo posible el establecimiento de relaciones de especialidad.

Es más, no es que se niegue con la ponderación un orden axiológico de la mayoría previamente establecido en la Constitución, ni que se establezcan con ella visiones éticas particulares, sino que por el contrario se trata de dilucidar esa ética de las mayorías que se encuentra oculta tras la indeterminación de los principios constitucionales.

VI. El principio de proporcionalidad.

La ponderación es una actividad relacionada con el principio de proporcionalidad. Dependiendo el enfoque, su relación, como ya indiqué, puede variar desde considerar a la ponderación como el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad, hasta considerarla como un juicio para cuya obtención se puede utilizar este principio como criterio.

El principio de proporcionalidad es un conjunto compuesto por tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha. Estos subprincipios se estructuran como etapas que deben ser sorteadas sucesivamente, de tal manera que se analiza la etapa subsiguiente siempre que la medida evaluada haya podido satisfacer las exigencias de la inmediatamente anterior.

El objetivo de la aplicación de este principio es determinar si una medida de intervención es restrictiva de un derecho humano, por lo cual, ya que los derechos pueden restringirse tanto por una acción (contraria a los deberes estatales negativos) como por una omisión o acción insuficiente (contraria a los deberes estatales positivos), la doctrina¹⁹⁶ y la jurisprudencia distinguen dos tipos de principios de proporcionalidad. Ambos pertenecen a un mismo género, pero difieren en el contenido de sus subprincipios. Ellos son: el principio de proporcionalidad en el mandato de prohibición por exceso de restricción y el principio de proporcionalidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente.

El primero se refiere a la restricción de un derecho: aquel limitado por la medida de intervención; mientras el segundo, a la restricción de dos derechos: aquel que exige una prestación positiva adecuada (eficaz y suficiente)¹⁹⁷, respecto del cual la medida evaluada se juzga como una omisión o acción insuficiente, y el que puede resultar vulnerado con la adopción de la medida evaluada.

En el mandato de prohibición por exceso la restricción se juzga a partir del cumplimiento de una obligación estatal negativa, que implica el deber de no limitar ilegítimamente un derecho; mientras que en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente, se lo hace a partir del cumplimiento de una obligación estatal positiva, que exige medidas adecuadas (eficaces y suficientes) para cumplir con ese deber del Estado.

En el primer mandato, la medida evaluada no será restrictiva si tiene un fin legítimo para intervenir en otro derecho; en el segundo, si es adecuada (eficaz y suficiente) para satisfacer el deber estatal.

A continuación expongo el principio de proporcionalidad en el mandato de prohibición por exceso, indicando en las partes pertinentes cómo el del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente difiere de éste.

¹⁹⁶ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. En: ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ob. Cit. Pág. 125 – 173.

¹⁹⁷ *Ibíd.* Pág. 133.

6.1. El fin de la medida evaluada en el mandato de prohibición por exceso¹⁹⁸.

Previo a la aplicación del principio de proporcionalidad, se debe encontrar la finalidad con la que la medida evaluada interfiere en el principio o derecho vulnerado, a fin de establecer su validez constitucional al confrontarla con los valores, principios y derechos consagrados en la Ley Fundamental¹⁹⁹. Si no existe esa finalidad o ésta resulta constitucionalmente ilegítima, no hay nada que ponderar pues falta uno de los objetos de comparación: el principio que colisiona.

La finalidad de la medida comprende tanto un fin mediato y uno inmediato. El mediato es un derecho fundamental, un bien colectivo o un bien jurídico; el inmediato es el estado de cosas fáctico o jurídico que se debe alcanzar en razón de estar ordenado por el fin mediato²⁰⁰. Lograr ese estado de cosas es algo que precede a la realización del fin mediato.

En el mandato de prohibición por exceso, el estado de cosas que debe alcanzar la medida (fin inmediato), es el mayor grado de cumplimiento posible del derecho fundamental que sirve de fin mediato²⁰¹.

La legitimidad de los fines, se determina de manera negativa, es decir, cualquier fin que no se halle prohibido explícita o implícitamente por la Constitución²⁰², es legítimo.

¹⁹⁸ Algunos autores consideran a este examen de la legitimidad del fin de la medida y la determinación del mismo, como pasos que integran el examen de la idoneidad. Cfr. CLÉRICO, Laura. Ob. Cit. Pág. 129 –130. Sin embargo, siguiendo a la Corte Constitucional Colombiana, por fines didácticos, aquí los expongo independientemente como pasos previos al examen de la capacidad de fomento del fin. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia C-355/06 del 10 de mayo del 2006*. F.J. 4.2.4.1. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>. Acceso: 28 de diciembre del 2010.

¹⁹⁹ El análisis de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado por sendas jurisprudencias del Tribunal Constitucional Español como juicio de razonabilidad, puesto que una decisión arbitraria ha sido entendida como aquella que no está justificada por una razón legítima. Cfr. BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 695.

²⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 719.

²⁰¹ *Ibíd.* Pág. 720.

²⁰² Esto se debería a que el principio democrático lleva consigo el principio de libertad de fines del legislador por el cual, su competencia para configurar los derechos fundamentales y tomar las decisiones más importantes de la vida política del Estado, implica necesariamente la atribución a este poder de la facultad de proponerse legítimamente cualquier fin mientras no se encuentre prohibido expresa o tácitamente por la Constitución. A ello se suma el que la presunción de

Una prohibición explícita aparece como manifiesta en el examen de la Constitución, en cambio, la prohibición implícita se deduce únicamente luego de una interpretación constitucional.

Las prohibiciones explícitas e implícitas pueden ser definitivas o derrotables (*prima facie*). Son definitivas cuando no admiten ser ponderadas con los principios que sustentan la legitimidad del fin legislativo y que se encuentran en colisión con ellas, por lo que no pueden ser vencidas bajo ningún respecto por éstos. Las prohibiciones derrotables o *prima facie*, en cambio, pueden dejar de tener efecto, ya que admiten ser ponderadas con los principios que juegan a favor de la legitimidad de la medida estatal evaluada, e inclusive pueden ceder ante éstos cuando se concluya su precedencia.

Cuando una prohibición *prima facie* no cede luego de una ponderación, se convierte en una prohibición definitiva.

Ante una prohibición *prima facie* o derrotable, opuesta al fin de la medida evaluada caben tres opciones: se puede considerar como ilegítimo el fin legislativo por la simple existencia de esa prohibición; se puede efectuar una ponderación *ad hoc* entre la prohibición derrotable y los principios que hablan a favor de la legitimidad del fin; o, se puede considerar a la finalidad como legítima, debido a la presunción de constitucionalidad de los fines del legislador²⁰³, difiriendo la ponderación entre la prohibición *prima facie* y los principios a favor del fin legislativo, hasta el examen del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

constitucionalidad de las leyes se extiende no sólo al texto de estas normas, sino a la finalidad que ellas persiguen. Cfr. *Ibidem*. Pág. 698-699.

²⁰³ Cuando se aplica el principio de proporcionalidad para evaluar una medida no estatal (de un particular) de intervención en los derechos humanos, y sobrevienen prohibiciones *prima facie*, se debe optar por la tercera solución por distintos motivos. La presunción de constitucionalidad del fin de la medida es inaplicable en este supuesto, pues ella sólo sirve respecto de los fines del legislador, siendo los fines analizados en este caso, propios de un particular. La aplicación de la tercera opción frente a una prohibición derrotable se debe a que ella se presenta como medida necesaria para evitar los problemas metodológicos que una ponderación *ad hoc* conllevaría.

Bernal Pulido, luego de una intensa argumentación²⁰⁴, desecha la primera, y entre las restantes acoge la tercera opción²⁰⁵.

Según él²⁰⁶, así como la prohibición *prima facie* es un *meta* principio que juega en contra del fin de la medida que interviene en los derechos humanos - pues pone en duda la legitimidad de dicho fin -, los principios que justifican la legitimidad del fin son *meta* principios que juegan a su favor. A su vez, si se llega a dudar sobre la legitimidad de estos *meta* principios, surgen otros que juegan a favor y en contra de ellos - unos *meta meta* principios -, y así sucesivamente hasta el infinito. Trasladar cada uno de esos principios, *meta* principios, *meta meta* principios, etc., a la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, implica incorporar su peso argumentativo en uno o en otro lado de la balanza. De esta manera se evitaría una cadena de ponderaciones *ad hoc* infinita.

La adopción de la tercera opción conlleva como corolario la siguiente regla argumentativa²⁰⁷: un fin sólo puede ser catalogado como ilegítimo, cuando está prohibido de manera definitiva por la Constitución²⁰⁸. Si es que existe una prohibición *prima facie* o derrotable del fin, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad del fin de la medida evaluada. De esta forma, ese fin debe ser considerado como legítimo y la ponderación de los principios constitucionales que hablan a favor y en contra de su legitimidad, debe desplazarse hasta cuando se examine la proporcionalidad en estricto sentido.

²⁰⁴ Según este autor, la primera solución va contra la presunción de constitucionalidad de los fines del legislador, por lo que una prohibición *prima facie* no puede ser suficiente para declarar la ilegitimidad del fin legislativo. Adicionalmente, no se puede transformar una prohibición *prima facie* automáticamente en una prohibición definitiva; la única operación susceptible de provocar esa transformación es la ponderación ya que es el único procedimiento para solucionar colisiones de principios. La práctica de una ponderación *ad hoc* previa al examen del principio de proporcionalidad en estricto sentido, por otro lado, añadiría un paso superfluo e inapropiado al examen del subprincipio de idoneidad. Superfluo porque los principios que se examinan en él son relevantes en el juicio de proporcionalidad en estricto sentido, e inapropiado porque para llevarla a cabo se deben considerar otro tipo de premisas, que sólo aparecen en el examen de la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha. La ponderación *ad hoc*, además, podría llevar a una cadena infinita de ponderaciones, según se dude de los principios que jueguen en contra o a favor de la prohibición *prima facie*. Cfr. *Ibidem*. Ob. Cit. Págs. 704 – 705.

²⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 704.

²⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 705.

²⁰⁷ *Ibidem*. Ídem.

²⁰⁸ Esto debido a la presunción de constitucionalidad de los fines del legislador, aplicable frente a las prohibiciones derrotables.

Ya en el examen del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido se deberá tomar la siguiente regla: Cuántas más razones derivadas de los principios constitucionales jueguen en contra de la legitimidad del fin de la medida evaluada, más razones habrá para considerar que su consecución con dicha medida no justifica la intervención en el derecho humano.

Mediante el siguiente ejemplo se puede entender, en la práctica, cómo funciona todo lo hasta aquí tratado. Supongamos que se aplica el principio de proporcionalidad a la excepcionalidad de la prisión preventiva. El fin mediato de esa medida legislativa es la libertad, mientras el fin inmediato es la garantía plena que el Estado debe dar al goce de los derechos humanos.

La validez constitucional de esos fines, se extrae negativamente, luego de su confrontación con las posibles prohibiciones derrotables o definitivas de la Ley Fundamental.

Una prohibición derrotable contraria al fin de esa medida, pues admite una ponderación con otros principios, sería aquella emanada del principio de inmediación procesal que manda que se imponga siempre la prisión preventiva y no las medidas alternativas a esta, por ser el único medio eficiente para asegurar la comparecencia del reo al proceso. Esta prohibición sirve como argumento en contra de la excepcionalidad de la prisión preventiva, es un *meta* principio; juega en su contra, así como el derecho a la libertad lo hace a su favor.

Para solucionar esa colisión de principios se podría acudir a una ponderación *ad hoc* entre la prohibición emanada de la inmediación procesal y el derecho a la libertad. Si se realiza esta ponderación, rápidamente surgirá a favor del primer *meta* principio la norma constitucional que manda que los procesos sean un medio para la realización de la justicia, pues la imposición de una medida alternativa a la prisión preventiva suele ser ineficaz, impidiendo que el proceso penal logre su fin. Contrario a ese *meta meta* principio se argüirá el principio del *nullum crimen nulla pena sine lege*, pues la prisión preventiva es una pena previa, innecesaria e injustificada, pues no castiga ningún delito, que lesiona injustamente la libertad.

Se puede realizar una nueva ponderación entre esos dos *meta meta* principios. Sin embargo, luego surgirán otros que los sustenten, dando lugar a una cadena de ponderaciones al infinito.

Lo adecuado, según Bernal Pulido, como ya expliqué, es presumir la validez constitucional del fin de la excepcionalidad de la prisión preventiva y pasar a examinar los siguientes subprincipios, dejando pendientes los *meta* principios, *meta meta* principios, etc., para tomarlos en cuenta como argumentos a favor o en contra de la medida legislativa en el principio de proporcionalidad en estricto sentido.

Sea cual sea el panorama planteado, una vez determinada la validez constitucional de la finalidad perseguida con la medida que se evalúa, se puede continuar examinando su correspondencia con las exigencias de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.

6.2. *El fin de la medida evaluada en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente.*

En este mandato la medida evaluada puede consistir en una omisión o en una acción insuficiente, pues se puede violar las obligaciones estatales positivas frente a los derechos: a) cuando una medida emprendida por los poderes públicos es insuficiente o defectuosa para alcanzar el fin de protección obligatoria, o no satisface el derecho en el grado en que el Estado se encuentra obligado; o, b) cuando frente a esas obligaciones estatales, los poderes públicos no toman ninguna medida para satisfacerla²⁰⁹.

Siguiendo el procedimiento explicado para el mandato de prohibición por exceso, previa la aplicación del principio de proporcionalidad debe indagarse la existencia de una finalidad en la adopción de la medida que se evalúa. Dentro de esa finalidad ha de buscarse, como ya expliqué, un fin mediato y uno inmediato.

²⁰⁹ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit. Pág. 133.

El fin mediato será siempre la satisfacción del derecho fundamental, y el inmediato, que ese principio sea restringido en la menor medida posible, y será restringido en menor medida, cuando las obligaciones estatales positivas que emanan de él se cumplan en mayor medida²¹⁰.

Junto a estos fines puede encontrarse fines estatales que coinciden o no con ellos. No obstante, cuando la medida evaluada es una omisión y no una acción insuficiente, la ausencia de un fin estatal no impide el examen de proporcionalidad²¹¹.

Pero, ¿por qué existe en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente un fin estatal que puede ser distinto al fin mediato o inmediato de la medida evaluada? Eso lo explicaré al tratar sobre el examen de idoneidad.

6.3. El examen de la idoneidad en la prohibición por exceso.

La idoneidad de la medida supone averiguar la relación de fomento que existe entre ella y el fin inmediato, es decir, apreciar cómo la medida restrictiva de un derecho contribuye a la consecución del estado de cosas que manda el fin constitucionalmente legítimo²¹². Si la medida es inadecuada, inidónea o no apta, y por tanto, indiferente para la realización de la finalidad constitucional que le sirve de sustento, resulta ilegítima, pues restringe injustamente una norma constitucional.

La relación de fomento entre la medida y el fin inmediato se lleva a efecto tomando en cuenta el estado de cosas actual respecto al que existía con anterioridad a la adopción de la medida evaluada. De esta manera, el medio adoptado es idóneo si conduce a un estado de cosas en el cual la realización del fin inmediato se ve aumentada de alguna forma.

²¹⁰ BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 720.

²¹¹ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit. Pág. 136.

²¹² BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 723.

Ese aumento en la realización del fin inmediato se enjuicia a partir de premisas empíricas (los conocimientos generales de la sociedad y especiales de la ciencia y la técnica) adoptadas desde una perspectiva *ex ante*, es decir, anteriores al acogimiento de la medida. El juzgador, de esta forma, debe analizar si en base a los conocimientos generales de la sociedad y los especiales de la técnica y la ciencia, la medida fomenta la consecución del fin.

Las premisas empíricas en base a las que se juzga la idoneidad de la medida pueden ser poco seguras, seguras o muy seguras ¿Cuál de estas alternativas se debe escoger?

La doctrina considera que la idoneidad debe demostrarse por medio de premisas muy seguras, es decir, su inidoneidad debe ser evidente, y en caso contrario – cuando las premisas que demuestran la no idoneidad no son muy seguras - debe considerarse que la medida es idónea (control de evidencia).

La incertidumbre que exista sobre las premisas empíricas debe trasladarse al examen de la proporcionalidad propiamente dicha, de tal forma que cuanto más intensa sea la intervención en un derecho humano, tanto mayor deberá ser la seguridad empírica con la que dicha intervención contribuya a la obtención de su finalidad²¹³.

Del mismo modo, las premisas empíricas en base a las que se juzga la capacidad de fomento pueden valorar la idoneidad desde los aspectos cuantitativo (según pueda fomentar el fin en mayor, menor o igual cantidad que otra medida), cualitativo (si lo puede hacer mejor, tan bien o peor que otra) y probabilístico (pues lo puede lograr con mayor, menor o igual grado de probabilidad que otra medida).

La admisión de todos o una parte de esos aspectos dentro del examen de idoneidad, corresponden a una versión fuerte y una débil de la misma. Según la primera, la medida es idónea cuando contribuye a la realización del fin en mayor cantidad, de la mejor manera y con mayor probabilidad que las demás. Según la otra versión, la medida es idónea si contribuye a su realización según alguno de esos criterios ¿Cuál de estas dos versiones se debe adoptar?

²¹³ *Ibidem*. Pág. 738.

La doctrina ha considerado que la versión más débil es la adecuada, pues se aviene de mejor manera con el principio formal de competencia legislativa para configurar la Constitución²¹⁴.

Este principio reconoce que el legislador dispone de un ámbito para estudiar la información técnica que disponga para tomar decisiones legislativas (ámbito legislativo de apreciación fáctica); un ámbito para evaluar las razones políticas pertinentes, a fin de adoptar las medidas que sean más adecuadas para conseguir sus fines (ámbito legislativo de apreciación normativa); y, correlativamente a éstos dos, un ámbito para elegir uno, de los que tiene a su disposición, entre los diversos medios idóneos respecto a sus finalidades (ámbito de decisión estructural).

Si el juzgador lleva a cabo el examen de la idoneidad según la versión más fuerte violenta el principio de competencia legislativa; por el contrario, si adopta la versión más débil de ese examen, la respeta. Esto se debe a que la Constitución no impone al legislador el deber de adoptar la medida más idónea, sino que más bien, deja a su criterio elegir alguna de aquellas que tiene esa calidad frente al fin. Los derechos humanos pueden ser restringidos, siempre y cuando la medida adoptada para ello no sea inidónea.

Asimismo, la doctrina escoge la versión débil de la idoneidad por razones de conveniencia metodológica, pues se ha dicho que la versión fuerte impide que se considere otras razones que obran a favor o en contra la proporcionalidad de la medida evaluada, ya que conduce a que todas las medidas distintas a la más idónea sean declaradas inconstitucionales desde un principio²¹⁵.

Lo que interesa al determinar la idoneidad de una medida es que facilite su realización de algún modo. Según la jurisprudencia alemana²¹⁶ que desarrolló el principio de proporcionalidad, así como en el examen de idoneidad es indiferente que la medida realice el fin en todos los casos, bastando con que lo haga de manera abstracta, en nada importa el grado probabilístico de su idoneidad, pues si la medida idónea puede ser

²¹⁴ *Ibíd.* Pág. 728.

²¹⁵ *Ibíd.* Pág. 729.

²¹⁶ CLÉRICO, Laura. *Ob. Cit.* Pág. 131.

aquella que no logra fomentar el fin en todos los casos, no se puede exigir que ella lo haga con el mayor grado de probabilidad que las demás.

Una vez examinada la idoneidad del medio conforme a los parámetros establecidos, se puede obtener dos resultados: 1) el medio sirve para conseguir el fin constitucional; o, 2) el medio no tiene esa capacidad de fomento del fin.

En el primer caso:

“Cuando el medio se encuentra en alguna relación con la realización del fin pero no contribuye a su logro en todos los sentidos o sólo lo hace en forma abstracta y en general, pero no en el caso concreto, el medio establecido es idóneo, y deben ser aplicadas las reglas del medio alternativo menos gravoso y de la proporcionalidad en estricto sentido...”²¹⁷.

En el segundo, el medio debe ser declarado inadecuado e inconstitucional.

6.4. El examen de la idoneidad en la prohibición por omisión o acción insuficiente.

En el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente, se juzga la idoneidad de la medida no sólo respecto al fin inmediato (relacionado con el cumplimiento de la obligación positiva) sino también respecto al fin estatal por el cual se adoptó esa medida²¹⁸.

El fin inmediato deberá ser fomentado por la medida evaluada, para que no exista una vulneración del derecho cuyo cumplimiento busca satisfacer dicha medida. El fin estatal, en cambio, deberá ser fomentado por la medida evaluada, pues en el caso de que exista un derecho restringido por dicha medida, si no lo satisficiera, la restricción sería ilegítima.

²¹⁷ *Ibidem*. Pág. 132.

²¹⁸ *Ibidem*. Págs. 139-140.

¿Por qué existe un fin estatal que puede ser distinto al fin inmediato, en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente? ¿Por qué en la prohibición por exceso sólo existe un fin estatal?

Plantearé un ejemplo para explicar esas interrogantes. Pensemos que se juzga la proporcionalidad de las campañas públicas que propugnan la abstinencia, a fin de lograr que no se propague el VIH SIDA, y se cumpla el derecho a la salud.

Este derecho exige del Estado una obligación estatal positiva de cumplimiento o garantía, al igual que todos los derechos, que le impone el deber de generar todas las condiciones necesarias para que las personas gocen de él, adoptando las medidas necesarias para otorgar a las personas el máximo nivel de salud posible.

Las campañas públicas que propugnan la abstinencia deberán ser eficaces respecto al fin inmediato: que el derecho a la salud sea restringido en la menor medida posible, cumpliéndose en la mayor medida esa obligación estatal de garantía: que se generen las condiciones necesarias para que las personas gocen de él, logrando el máximo nivel de salud posible.

Dicha finalidad debe ser cumplida por la medida evaluada en alguna forma, por las razones que ya se anotaron al hablar de la idoneidad en el mandato de prohibición por exceso; y, en el caso en análisis, la medida estatal sí cumple esa finalidad, pues la abstinencia es una medida que previene el VIH, según la ciencia médica, y su promoción mediante campañas sí fomenta el fin de crear las condiciones necesarias para que los ciudadanos disfruten del máximo nivel de salud.

Pero, como las campañas públicas que propugnan la abstinencia son medidas estatales, debe el legislador haberlas impuesto con alguna finalidad que justifique su adopción. Esa finalidad puede o no coincidir con el fin inmediato.

En el ejemplo, sí coincide, pues las campañas que propugnan la abstinencia se dirigen a lograr el nivel máximo de salud posible previniendo el VIH SIDA. No obstante, podrían no

coincidir si es que el legislador optó por esas medidas para dar cumplimiento a un tratado internacional que le obliga a promocionar la abstinencia, o erradicar hasta el 2012 el VIH SIDA. En ese caso el fin legislativo será cumplir con los tratados internacionales suscritos por el país.

Al contrario de lo que se examina en el ejemplo, en el mandato de prohibición por exceso, la obligación respecto a la cual se juzga la restricción, no requiere un hacer positivo consistente en que se cumpla con ella en un determinado grado, de acuerdo a un estándar, sino, por el contrario, un no hacer que consiste en no restringir los derechos sin que exista una razón legítima para ello.

La obligación negativa de respetar los derechos humanos, frente a la cual se dilucida si existe o no una restricción en ese mandato, no significa que el Estado no puede intervenir en los derechos humanos, sino que para hacerlo debe tener una razón legítima.

Por ello, lo que interesa en el mandato de prohibición por exceso es que la medida evaluada tenga un fin legítimo impuesto por el legislador al adoptarla, y que lo cumpla, pues de otro modo la restricción en el derecho vulnerado no tendría una razón de ser.

Es por esto que no existe un fin distinto al inmediato en el mandato de prohibición por exceso. El fin estatal se confunde con el fin inmediato en ese mandato.

Ahora, como la idoneidad de la medida en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente se juzga respecto del fin inmediato como del fin estatal, en el examen de ese subprincipio se debe determinar: si la medida fomenta de manera abstracta y en general el fin estatal y de la realización del derecho; y, si la medida fomenta en concreto y en el caso individual el fin estatal y de la realización del derecho²¹⁹.

²¹⁹ Esto por cuanto, la relación de fomento entre medida y fin puede revestir dos versiones: una débil y una fuerte, como ya expliqué; y, el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente, al exigir medidas adecuadas y eficaces, sugiere una versión fuerte. Sin embargo, optar por esa versión fuerte agotaría en el examen de idoneidad todo el debate sobre la proporcionalidad, dejando de lado el examen de los demás subprincipios, así como muchos argumentos relevantes para la solución del caso. Además, si se opta por una versión débil se respetaría el principio de competencia legislativa para configurar la Constitución que reposa sobre el legislador, tal y como se explicó. Según Laura Clérico, el problema se soluciona adoptando las

Luego de ese proceso se puede obtener los siguientes resultados²²⁰:

- El medio no fomenta el fin estatal y el inmediato, ni en forma abstracta y general, ni en concreto y en el caso individual. En este supuesto el medio es inidóneo, pues la acción es insuficiente o la omisión es injustificada.
- El medio fomenta el fin estatal y el inmediato, tanto en abstracto y general como en concreto y en el caso individual, por lo que, la medida es idónea y se debe pasar al examen de la necesidad y de la proporcionalidad en estricto sentido.
- El medio fomenta esos fines en abstracto y general, pero no en concreto y en el caso individual, y se debe pasar a examinar la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido, por cuanto, como quedó explicado, una medida idónea puede ser aquella que cumple con el fin en abstracto aún cuando no lo haga en concreto.
- El medio no fomenta el fin (cualquiera de los dos) en abstracto y general, pero sí lo hace en concreto y en el caso individual, debiéndose pasar al examen de la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido.

6.5. *El examen de la necesidad en el mandato de prohibición por exceso.*

La necesidad supone que la medida elegida para la satisfacción del fin constitucionalmente legítimo, debe ser la menos gravosa o restrictiva del derecho o principio intervenido, entre todas aquellas que tienen igual o mejor idoneidad para fomentar la consecución de ese objetivo. Es decir, se debe elegir entre las igual o más idóneas, aquella que suponga un menor sacrificio de ese principio. A esto se debe que el subprincipio de necesidad haya sido denominado, con gran precisión, como el mandato del medio más benigno²²¹.

Para examinar la necesidad se debe contemplar, por un lado, el medio adoptado, su idoneidad respecto del fin y la intensidad en que afecta al derecho vulnerado; y, por otro

dos versiones, y por tanto exigiendo la idoneidad tanto en abstracto y general como en concreto y particular, que engloban los tres criterios respecto de los cuales se puede juzgar la idoneidad: probabilístico, cualitativo y cuantitativo. Cfr. *Ibídem*. Pág. 138.

²²⁰ *Ibídem*. Págs. 139-140.

²²¹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 92.

lado, los medios alternativos (aquellos alegados por el afectado, los especialistas, los legisladores, las ONGS y otros), su idoneidad respecto del fin planteado para el medio adoptado y la intensidad en que afectan al derecho vulnerado.

Considerados esos puntos de referencia, se debe realizar dos operaciones para determinar la necesidad de la medida: el subexamen de la igual idoneidad – similar al realizado en el examen de idoneidad -, que consiste en determinar si el medio alternativo es igualmente idóneo o adecuado que el medio adoptado; y, el subexamen de la menor lesividad, donde se compara la intensidad con que la medida legislativa adoptada interviene en el derecho o principio afectado, con la intensidad con que los medios alternativos que superaron el primer subexamen lo harían, a fin de determinar si ésta es menor, igual o mayor que aquella²²².

El subexamen de la igual idoneidad se puede efectuar, según unos autores, analizándola desde los criterios cuantitativo, cualitativo, y de probabilidad²²³. Según otros autores, se debe efectuar tomando en cuenta los criterios de eficacia – que el medio alternativo sea tan o más eficaz que la medida legislativa para la obtención del fin -, temporal – que sea tan o más expeditivo que la medida evaluada-, de la realización del fin – que contribuya a la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, como aquellos que se originan a causa de la medida – y de la probabilidad²²⁴. Carlos Bernal Pulido, a quien sigo con mucha fidelidad en la exposición de la estructura de proporcionalidad, acoge esta última posición²²⁵.

El subexamen de menor lesividad, por otro lado, se debe llevar a cabo tanto a partir de premisas empíricas (1), como analíticas y normativas (2).

²²² Las premisas en base a las cuales se analice estos subexámenes, deben aplicar el control de evidencia, pues de esa forma se respeta de mejor forma la competencia legislativa para configurar la Constitución y la vida política, y se simplifica la estructura del principio de proporcionalidad. Es decir, solo en caso de que se tenga absoluta certeza en los razonamientos en base a los cuales se los juzga se debe concluir su no necesidad. Cfr. BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 763. Sobre este aspecto cabe un amplio margen de discusión, pues los autores no deciden si se debe aplicar el control de evidencia, el intermedio o el intensivo. Sin embargo, y tal como señala Carlos Bernal Pulido en la obra antes señalada, la mayoría de la doctrina y la más contundente argumentación demuestra que se debe aplicar el control de evidencia. A fin de no extenderme mucho en este tema, que no es el principal de esta tesis, me remito en todo lo atañero a esa discusión a la obra de Bernal Pulido.

²²³ *Ibidem*. Pág. 745.

²²⁴ *Ibidem*. Ídem.

²²⁵ *Ibidem*. Ídem.

(1) En el primer aspecto de análisis – el empírico -, se debe tomar en cuenta la idoneidad **negativa** de los medios alternativos y de la medida legislativa adoptada para afectar al derecho intervenido. El medio alternativo será más benigno si afecta con menor eficacia, menor duración, menor seguridad, y si afecta menos aspectos relativos al fin, que la medida legislativa adoptada. Se trata, pues, de una eficacia diametralmente distinta a la buscada en el primer subprincipio del principio de proporcionalidad, que podría ser denominada positiva.

Existen casos de fácil resolución en los que la mayor o menor benignidad de la medida alternativa resulta patente a los ojos del juzgador, siendo sencillo decidir si la medida es necesaria o no. Esto se da en los supuestos en los cuales el medio alternativo afecta al derecho fundamental de menor forma según todos los criterios o en algunos de ellos, sin que afecte más en los demás; o, por el contrario, cuando el medio alternativo no resulta más benigno con el principio vulnerado, en ninguna de esas perspectivas, es decir, cuando afecta de mayor forma según todos o algunos de los criterios.

Sin embargo, hay también casos de difícil solución en los que no es tan sencillo decidir si la medida alternativa es más o menos benigna que el medio alternativo. Eso sucede cuando el medio alternativo afecta al principio vulnerado de mayor manera según algunos de los criterios, así como de menor forma en otros. En este caso, se debe considerar que la medida legislativa es necesaria porque no se ha demostrado que no lo sea de manera contundente, aplicando la presunción de constitucionalidad de la ley y de sus fines. Sin embargo, esa mayor benignidad de la medida alternativa en el examen de necesidad no debe ser dejada a un lado, sino que debe trasladarse al examen de proporcionalidad en estricto sentido como un argumento en contra de la medida adoptada que evidencia la elevada intensidad con que ella interviene en el principio vulnerado.

(2) En el segundo aspecto de análisis del subexamen de menor lesividad – aquel que se lleva a cabo según premisas normativas y analíticas -, debe examinarse si la limitación a una facultad amparada por el ámbito de protección del principio restringido, que produce la medida evaluada, implica un mayor o menor grado de intervención en ese principio en relación a aquella limitación a la facultad que la medida alternativa hubiese producido, de haber sido adoptada por el legislador. Es decir si la limitación a la facultad amparada por

el derecho vulnerado interviene con mayor o menor intensidad en él, respecto a la limitación a la facultad amparada por el derecho vulnerado que hubiese provocado hipotéticamente la medida alternativa²²⁶.

Por ejemplo, si se evalúa si una medida que prohíbe el aborto desde la concepción es menos lesiva que una medida alternativa que lo hace desde el cuarto mes de gestación, se debe considerar primero: que el principio afectado por ambas medidas es la libertad. Luego, que la facultad amparada por ese principio que ambas medidas afectan es la libertad de abortar, pero que la una lo prohíbe desde el cuarto mes, mientras que la otra desde la concepción, es decir, que la segunda lo hace de mayor forma. Finalmente, que con la medida alternativa se restringe con menor intensidad el derecho a la libertad, de tal forma que su ámbito normativo es mayor.

La menor lesividad puede ser analizada tanto con premisas analíticas asentadas en la dogmática (como en el ejemplo), como con premisas normativas. La comparación entre las facultades afectadas puede ser de carácter analítico o normativo, según las circunstancias.

Cuando ese análisis tenga un carácter normativo, las premisas se dirigirán a demostrar la mayor o menor importancia de los bienes relevantes en el caso concreto. Verbigracia, una norma penal que sanciona el aborto con prisión frente a una que lo hace con multa, sería menos benigna. Esto se debe a que, la posición iusfundamental afectada por ambos es la libertad de abortar, pero en el primer caso el derecho o principio vulnerado es la libertad mientras que en la segunda la propiedad, y mediante premisas normativas se puede establecer la mayor importancia de la libertad respecto de la propiedad.

En caso de que exista incertidumbre sobre la mayor benignidad de la medida legislativa, se debe aplicar la presunción de constitucionalidad de los fines de la ley, tal y como se hizo al examinar el primer aspecto de la necesidad, dejando como argumentos en contra

²²⁶ La doctrina usa las palabras posición iusfundamental y fundamentabilidad para significar la facultad amparada por el principio restringido y la mayor o menor restricción de su ámbito de protección, respectivamente. De esta forma se define al subexamen de menor lesividad como aquel en el cual se examina la fundamentabilidad de las posiciones iusfundamentales afectadas por ambas medidas. Sin embargo, en mi afán de ser claro expongo con otros significantes esos significados.

de la proporcionalidad en estricto sentido de la medida legislativa, aquellas premisas atinentes al carácter más benigno del medio alternativo.

Todas las premisas que se tomen en consideración para determinar la menor restricción de la medida legislativa, se deben llevar a cabo desde el punto de vista del titular o titulares del derecho afectado, no desde el de la comunidad en general. El punto de vista de la comunidad en general no determina la benignidad de la medida, sino que únicamente refuerza de manera secundaria la posición del individuo.

Una vez que se establezcan los resultados de los subexámenes se pueden obtener los siguientes resultados:

- Si existen medios alternativos, cuya implementación pueda fomentar el fin de igual o parecida forma que el medio adoptado, y si la implementación de esos medios alternativos restringe en menor medida los principios o derechos fundamentales que el medio adoptado, entonces la medida estatal no es necesaria.
- En cambio, si existiendo esos medios alternativos y su implementación fomenta de igual o parecida forma el fin del medio adoptado, pero restringe en igual o mayor medida principios o derechos fundamentales, la medida estatal es la menos gravosa y puede pasarse al examen de la proporcionalidad en estricto sentido.

6.6. *El examen de la necesidad en la prohibición por omisión o acción insuficiente.*

Según Laura Clérico, el subprincipio de necesidad en la prohibición por omisión o acción insuficiente cambia su nombre y forma de establecerse; y, debe ser llamado: examen del medio alternativo más idóneo²²⁷, por cuanto en el examen de la necesidad en este mandato se busca establecer si el derecho restringido por la omisión o acción insuficiente (el que exige el cumplimiento de las obligaciones positivas, no el que se encuentra en colisión con aquel), pudo haber sido satisfecho en mayor cantidad a través de la

²²⁷ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit. Pág. 151.

implementación de un medio alternativo, que por tanto, sería más idóneo. No se busca una igual idoneidad como en el mandato de prohibición por exceso, sino una idoneidad mayor.

No obstante, eso no significa que se pueda dejar de lado el análisis de la lesividad del medio evaluado, sino que tan sólo se modifica el subexamen de igual idoneidad en este mandato, quedando intacto el subexamen de menor lesividad. Por tanto, el medio más idóneo deberá ser también el que menos restrinja los principios constitucionales en conflicto.

De esta forma, el proceso para establecer la necesidad de la medida se estructura en dos pasos: 1) se determina si el medio alternativo es más idóneo que el medio evaluado, de tal forma que fomente el derecho que sirve de fin mediato (el que exige las prestaciones positivas) en mayor medida tanto en abstracto y en general como en concreto y particular; y, 2) se examina si el medio alternativo implica una menor, igual o mayor restricción de derechos o principios constitucionales que colisionan con el derecho cuya realización se pretende.

Obtenidos esos parámetros de comparación se puede llegar a estos resultados:

- Cuando el medio alternativo puede fomentar en mayor medida que el medio establecido el fin inmediato, y en forma similar el fin estatal (cuando no coincida con el inmediato); y, cuando existiendo una colisión con otros derechos o principios constitucionales, los restringe en menor medida, entonces la medida estatal (acción insuficiente u omisión) no es necesaria.
- Si en cambio, el medio alternativo no puede fomentar el fin inmediato en mayor medida que el medio establecido, aunque fomente en forma similar el fin estatal (cuando no coincida con el fin inmediato); y, aún cuando existiendo una colisión con otros derechos o principios constitucionales, los restringe en menor medida, hay que someter la medida evaluada al examen de la proporcionalidad en estricto sentido.

Siguiendo con el ejemplo propuesto en líneas anteriores, explicaré de mejor manera el examen de necesidad en este mandato. Como ya dije, el derecho a la salud impone el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar el nivel máximo de salud posible. Frente a una pandemia de SIDA, dicha obligación sugiere tan sólo una acción idealmente adecuada que la cumple de manera eficaz y suficiente: entregar de forma gratuita preservativos en los dispensarios médicos, pues se ha visto que la población no acepta la abstinencia sexual. Todas las demás acciones, aún cuando puedan ser eficaces, tal vez no son suficientes y por tanto no logran el nivel máximo de salud posible.

En el examen de la necesidad de una medida estatal consistente en la ejecución de campañas que propugnen la abstinencia sexual para prevenir el VIH SIDA, se verá que la entrega gratuita de preservativos fomenta de mayor forma, tanto en abstracto y general como en concreto y particular, el fin estatal y el fin inmediato; y, además, no restringe derechos al igual que la medida evaluada, pues no hay colisión con otros principios. Por lo tanto las campañas que propugnan la abstinencia sexual no son necesarias y vulneran el derecho a la salud.

6.7. *El examen de la proporcionalidad en estricto sentido en la prohibición por exceso y en la prohibición por omisión o acción insuficiente*²²⁸.

Finalmente, el último paso a evaluar en el principio de proporcionalidad es la proporcionalidad en estricto sentido. Este subprincipio condensa las exigencias de los anteriores y encierra el núcleo de la ponderación²²⁹, pues consiste en que las ventajas que se obtienen de la intervención en un derecho humano deben compensar los sacrificios, daños o lesiones que dicha intervención supone para la satisfacción de otro

²²⁸ La estructura del examen de este subprincipio puede estar dada bien por una serie de reglas que determinan cómo realizar la ponderación - tal y como lo hace Carlos Bernal Pulido - , como por la fórmula del peso. Personalmente considero que resulta más sencilla y adecuada la aplicación de la fórmula del peso, sin perjuicio de que se consideren ese conjunto de reglas que indican cómo llevar la ponderación, para asignar a cada una de sus variables un valor. Esto se debe a que en ella se considera como variable la seguridad de las premisas empíricas, de tal forma que el examen de la ponderación se torna más racional. En lo que se refiere a la estructura de este subprincipio me remito a la fórmula del peso, expuesta en este trabajo al hablar sobre la estructura de la ponderación.

²²⁹ PRIETO, Luis. *El juicio de ponderación constitucional*. En: ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Primera edición. Editor CARBONELL Miguel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008. Pág. 111.

bien o principio constitucional. Los beneficios en un principio deben compensar la rémora de otro.

La proporcionalidad en estricto sentido conlleva necesariamente la aplicación de la ley de ponderación, pues se debe determinar el grado de importancia de la satisfacción de un principio, el grado de afectación del otro, y por último, a la luz de esos análisis, la justificación o falta de justificación de la intervención en uno de los principios. “Se trata en suma, de determinar el peso definitivo que en el caso concreto tienen ambos principios...”²³⁰, es decir, de una ponderación²³¹. Surge por tanto como herramienta metodológica importantísima para esta comparación, la fórmula del peso del profesor Robert Alexy, método por el cual se hace más sencilla y adecuada la ponderación.

La comparación entre los pesos establece una jerarquía axiológica entre los principios, de tal forma que si uno de ellos es precedente al otro, la intervención o falta de realización de este último para satisfacer el primero, queda justificada. Esta comparación busca realizar ambos principios, encontrando el punto óptimo relativo a las posibilidades jurídicas del caso concreto, no un punto óptimo de realización relativo a las posibilidades fácticas²³² como en los subprincipios de idoneidad y necesidad.

Resulta claro entender, una vez comprendida la relación estrechísima que existe entre la proporcionalidad en estricto sentido y la ponderación, por qué el profesor Robert Alexy denomina a este subprincipio como mandato de la ponderación propiamente dicho²³³.

²³⁰ *Ibíd.* Pág. 112.

²³¹ Laura Clérico, de una manera distinta a la que la Corte Constitucional colombiana y la ecuatoriana ha aplicado este principio, sugiere la aplicación de reglas previas a la ponderación. La proporcionalidad en estricto sentido no se trataría exclusivamente de una ponderación. La primera regla previa a la ponderación es la determinación de los principios en colisión, es decir indicar con precisión al menos dos normas que colisionan en el caso concreto y que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y de forma completa en el mismo caso. El segundo paso se refiere a la búsqueda de reglas-resultados de la ponderación vinculantes *prima facie* para la solución de la colisión sin ponderación, es decir la aplicación de precedentes de ponderación similares, pues como ya se explicó, debido a la ley de colisión, las antiguas ponderaciones establecen reglas que determinan los casos en los que un principio precede a otro. Su aplicación debe ser justificada por las similitudes del caso anterior con la colisión en el caso que se pretende resolver, y cuando las circunstancias sea similares quien disiente debe argumentar en contra de su aplicación. Sorteadas estas dos reglas previas, se debe pasar a la ponderación. Cfr. CLÉRICO, Laura. *Ob. Cit.* Pág. 156 – 158.

²³² ALEXY Robert: *La fórmula del peso*. *Ob. Cit.* Pág. 15.

²³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. *Ob. Cit.* Pág. 92

Dejando de lado ese punto, resta saber cuál es la estructura del principio de proporcionalidad en estricto sentido en el mandato de prohibición por exceso y en el de prohibición por omisión o acción insuficiente.

En ambos mandatos la estructura es la misma, pero mientras en el primero la justificación o falta de justificación de la intervención en uno de los principios, viene dada por la máxima: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”²³⁴, en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente la máxima sería: cuando más baja sea la no satisfacción de un derecho, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro²³⁵. Salvo esa precisión todo es igual.

6.8. Relaciones entre el principio de proporcionalidad y la ponderación.

El principio de proporcionalidad se relaciona con la ponderación, por la estrecha vinculación que ella guarda con uno de sus subprincipios. Es imposible aplicar este principio sin realizar una ponderación. No obstante esto no implica que deban ser confundidos.

Existen diferencias entre estos conceptos que son muy marcadas. Así, por ejemplo, el análisis del principio de proporcionalidad indica que cuando una medida de intervención en un derecho humano no cumple con todas las exigencias de sus tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional. En cambio, la ponderación es un juicio que establece una jerarquía entre dos principios que colisionan, siendo además uno de los criterios que utiliza el principio de proporcionalidad para juzgar la constitucionalidad de una medida de intervención en un derecho humano.

²³⁴ ALEXY Robert: *La fórmula del peso*. Ob. Cit. Pág. 15.

²³⁵ Otra diferencia del tercer subprincipio en ambos mandatos está dada por la existencia de una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente en los contextos de exclusión social donde dichas omisiones o acciones insuficientes afectan el mínimo existencial iusfundamental. En esos casos, cuando la realización del derecho por una omisión o acción insuficiente sea baja, muy baja o extremadamente baja, se estaría violando el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente; existiendo, por tanto, una carga de argumentación en cabeza de quienes sostienen la proporcionalidad en estricto sentido de la omisión o acción insuficiente. Cfr. CLÉRICO, Laura. Ob. Cit. Pág. 169 – 170.

Por otro lado, la finalidad de la ponderación es el establecimiento de una relación de precedencia concreta entre dos principios en colisión, mientras que el principio de proporcionalidad cumple la función de evaluar la constitucionalidad de la intervención estatal en un derecho, pues sus criterios determinan "...si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas."²³⁶

El uso confuso que se da a las expresiones ponderación y proporcionalidad genera la oscuridad en sus relaciones. La discusión en la doctrina llega a tal punto que mientras unos autores consideran que las nociones de ponderación y proporcionalidad son sinónimas, otros opinan que ellas se contraponen, y también hay quienes consideran que su coincidencia es parcial²³⁷. Sobre este punto, me acojo al criterio de Carlos Bernal Pulido²³⁸, quien considera que la ponderación puede ser vista como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio.

Según Bernal, la relación entre estas dos nociones supone que su ámbito de aplicación es coincidente: "donde se aplica el principio de proporcionalidad en sentido amplio, se aplica la ponderación, y donde se aplica la ponderación, se aplica el principio de proporcionalidad en sentido amplio."²³⁹.

Es más, el principio de proporcionalidad debe ser siempre aplicado al realizar ponderaciones, pues como afirma Ignacio Villaverde Menéndez²⁴⁰, la aplicación exclusiva de la ley de ponderación (y consiguientemente de la fórmula del peso como herramienta para determinarla) conlleva el grave inconveniente de olvidar los límites de los derechos humanos establecidos en la Constitución, de tal forma que las decisiones efectuadas mediante ese medio se relativizan y se puede llegar a cometer grandes exabruptos.

²³⁶ *Ibidem*. Pág. 126.

²³⁷ BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Págs. 569 – 570.

²³⁸ *Ibidem*. Pág. 570.

²³⁹ *Ibidem*. Pág. 571.

²⁴⁰ Sobre este punto ya se trató al hablar de las objeciones a la ponderación, en el apartado que trata sobre la falta de consideración de los límites constitucionales de los derechos en la solución. No obstante puede revisarse lo pertinente en: VILLAVERDE, Ignacio. Ob. Cit. Págs. 175 – 187.

6.9. ¿Puede aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio, a las colisiones de principios surgidos en las relaciones entre particulares?

Sobre este problema existen quienes sostienen que la aplicación del principio de proporcionalidad sólo puede llevarse a la práctica, cuando los derechos humanos son objeto de una intervención por parte de medidas estatales, y por tanto, únicamente en las relaciones entre el Estado y los particulares. La ponderación (entendida como la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido), por otro lado, se reservaría, según esta posición, exclusivamente a las intervenciones en los derechos humanos, provenientes de acciones particulares²⁴¹.

Esta concepción excesivamente fiel a la evolución histórica del principio de proporcionalidad, no toma en cuenta que los problemas planteados por Ignacio Villaverde Menéndez pueden sobrellevarse con la aplicación de todo el principio de proporcionalidad en las relaciones entre particulares; y, que además, la estructura que los conflictos entre derechos de particulares ostentan es la misma de las intervenciones del Estado en los derechos, y que por tanto, puede aplicárseles también los criterios de idoneidad y necesidad de este principio²⁴².

Ante estas consideraciones concluyo, que es imprescindible aplicar el principio de proporcionalidad completo, es decir, todo el conjunto de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, en toda ponderación.

²⁴¹ BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 571.

²⁴² *Ibíd.* Pág. 573.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA VIDA²⁴³.

“Vivir no es sólo existir,
sino existir y crear,
saber gozar y sufrir
y no dormir sin soñar.
Descansar es empezar a morir.”

Gregorio Marañón²⁴⁴

Aún cuando el numeral 6 del Art. 11 de nuestra Constitución establece que todos los derechos son de igual jerarquía, se puede decir que el derecho a la vida es el primero de los derechos humanos. Y es que su goce es en realidad el prerequisite para la existencia y ejecución de los demás derechos²⁴⁵; pues, de no ser respetado, todos los demás derechos carecen de sentido²⁴⁶. Así lo han sostenido sendos Tribunales y Cortes internacionales²⁴⁷, que como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideraron que el derecho a la vida es la piedra angular de los derechos humanos, ya que es el “corolario esencial para la realización de los demás derechos”²⁴⁸.

²⁴³ Lo que presento aquí es tan sólo una breve exposición sobre los principales temas que atañen al derecho a la vida. Si se quiere conocer sobre las minucias de este tema, puede consultarse a HERRERA, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Segunda edición. Centro editorial Universidad del Rosario. Bogotá - Colombia. 1999.

²⁴⁴ *Frases de Gregorio Marañón*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.proverbia.net/citasautor.asp?autor=628>. Acceso: 26 de abril del 2010.

²⁴⁵ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril del 2006. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010.

²⁴⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Párr. 144. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010.

²⁴⁷ Verbigracia: Tribunal Constitucional Español. *Sentencia STC 53/1985*. Emitida el 28 de octubre de 1993. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.ual.es/~canonico/tribunalconstitucional/1981-1985/tc1985053.htm>. Acceso: 12 de enero del 2010.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-645/98*. Emitida el 9 de noviembre de 1998. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-645-98.htm>. Acceso: 12 de enero del 2010.

²⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello VS. Colombia*. Párr. 121.

El derecho a la vida implica la protección de la supervivencia biopsicológica durante el devenir que empieza con la concepción, comprende el nacimiento y termina con la muerte, es decir, durante toda la vida en tanto exista²⁴⁹; pero además, implica que esa supervivencia se sobrelleve con unas condiciones mínimas de dignidad, dentro de las que se encuentran comprendidas, tanto aquellas que son netamente materiales, físicas, biológicas, espirituales, mentales y psíquicas²⁵⁰.

Muchos llegan a pensar que no tiene sentido hablar del derecho a la vida como protección de la supervivencia biopsicológica, ya que la vida es un hecho biológico del que todo ser humano es protagonista por el mero hecho de vivir, y es además, un hecho que comparten del mismo modo todas las personas que existen²⁵¹. Sin embargo, hablar del derecho a la vida desde ese enfoque, supone elevar el hecho de la vida a la categoría de título que debe ser reconocido por el Estado, y que éste se obliga a respetar y hacer respetar por todos los ciudadanos²⁵².

Cuando se toma la acepción del derecho a la vida como protección de la supervivencia biopsicológica, se debe entender que este derecho se refiere "...a esa porción de vida sobre la que, por acción o por omisión, tienen injerencia los seres humanos y sobre la cual la injerencia regulativa de los Estados es posible."²⁵³. De esta forma, no siempre la muerte de una persona implica una violación al derecho a la vida, sino únicamente cuando la muerte se produjo dentro de esa porción. El derecho a la vida tiene como

²⁴⁹ En ese sentido el Art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

²⁵⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355-06 de 10 de mayo del 2006*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010; y, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Párr. 144. Estas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostienen lo mismo: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, (...)*, párr. 161; *Caso Huilca Tecse, (...)*, párr. 65; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, (...)*, párr. 128. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Ob. Cit. Pág. 805.

²⁵¹ Red de Promotores de Derechos Humanos. *Derecho a la vida*. Ob. Cit. Pág. 15.

²⁵² *Ibíd.* *Ídem*. A esta precisión, yo agregaría que el derecho a la vida es un título que todos los ciudadanos debemos respetar espontáneamente.

²⁵³ *Ibíd.* Pág. 16.

referencia al orden político (al Estado y a los ciudadanos), no a la naturaleza, ni a los dioses, y por ello no significa un derecho a la inmortalidad²⁵⁴.

No obstante, con el derecho a la vida entendido como protección de la supervivencia biopsicológica, no se protege únicamente la mera existencia, sino que también se garantiza "...que el individuo pueda gozar de una seguridad razonable para poder llevar a cabo sus proyectos vitales, sin tener que estar constantemente angustiado por la eventualidad de una interrupción prematura de su existencia debida a factores humanos."²⁵⁵.

En el segundo enfoque de este derecho - el de una vida digna - se lo conceptualiza como integrante tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales, y se destaca la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos²⁵⁶.

Según esa visión particular, el derecho a la vida incluye – además de la supervivencia biopsicológica - la facultad de disponer ciertos medios necesarios para la subsistencia y para la existencia digna conforme la calidad de seres humanos. Esto implica a su vez que el Estado debe eliminar o reducir los obstáculos que interfieran con el libre desarrollo vital de las personas; y, ofrecer su colaboración a las personas que no pueden procurarse por sus propios esfuerzos lo indispensable para la subsistencia y la vida digna²⁵⁷.

En ese sentido es que nuestra Constitución establece en el Art. 66 numeral 2 que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna que asegure las siguientes condiciones: salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

²⁵⁴ *Ibíd.* *Ídem.*

²⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 21.

²⁵⁶ Voto concurrente de los jueces CANÇADO TRINDADE y A. ABREU BURELLI. Párr. 4. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Ob. Cit.

²⁵⁷ Red de Promotores de Derechos Humanos. *Derecho a la vida*. Ob. Cit. Pág. 22.

En conclusión, el derecho a la vida puede ser examinado en dos aspectos: uno positivo y otro negativo. En el aspecto negativo, se lo entiende como la eliminación de amenazas externas dentro del ámbito sobre el cual tiene injerencia regulativa el Estado; y, en el aspecto positivo, como las condiciones necesarias para la subsistencia y para una existencia digna conforme la condición humana²⁵⁸.

I. Características del derecho a la vida²⁵⁹.

Es un derecho universal, ya que es un derecho específicamente igual en todos los seres humanos en tiempo y espacio, porque la naturaleza humana que le sirve de fundamento es la misma en todos ellos y en todas las partes. Por lo tanto, todo individuo de la especie humana, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a la vida sin importar su condición. “Afirmar que sólo hay vida humana como derecho cuando hay un sujeto *viabile, sano, nacido*, etc., es fundamentar el derecho no en la esencia humana como principio de operación, sino en accidentes, lo cual, a todas luces, es un contrasentido jurídico.”²⁶⁰.

Esta universalidad se encuentra recogida en el Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Art. y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues en ellos se utiliza las expresiones “Todo individuo” y “Toda persona”, para referirse a los titulares del derecho a la vida.

En ese mismo sentido se dice que *es un derecho incondicional*, pues ninguna condición social de la persona es origen o límite del derecho a la vida. La única condición de su origen es la naturaleza humana. Se tiene éste derecho desde la fertilización hasta la muerte sin importar ninguna condición, según varias normas de nuestro ordenamiento jurídico²⁶¹.

El derecho a la vida también es incondicionado en otro sentido: “...su respeto se impone como una norma o imperativo categórico, independiente de consideraciones externas

²⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 22-23.

²⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 25-28; y, HERRERA, José. Ob. Cit. Pág. 126 y ss.

²⁶⁰ HERRERA, José. Ob. Cit. Pág. 126.

²⁶¹ Vgr. Art. 45 de la Constitución del Ecuador y Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

relativas a ventajas o desventajas, a cálculos de utilidad general, o a eventuales decisiones de las mayorías.”²⁶². En este sentido, vale recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 27 numeral 2, contempla como parte del núcleo inderogable de derechos al derecho a la vida, es decir, que éste derecho no puede ser suspendido ni aún en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

Es un derecho inalienable, pues no puede transferirse a otra persona.

“Como el derecho a la vida es un derecho fundamental, no puede alienarse este derecho, ya que sin él no existirían los demás, por la sencilla razón de que sin vida no hay ser humano (...) de nada le sirve al hombre que se le diga que tiene derecho a la propiedad, derecho a la intimidad, etc., si no se le reconoce el derecho a la vida. Pues el derecho a la vida, si bien es cierto no es el más importante, sí es fundamental.”²⁶³.

Es un derecho preexistente a la legislación positiva, pues se lo tiene desde el momento en que se adquiere la calidad de ser humano, es decir, desde la fertilización. Las legislaciones de los países deben limitarse a reconocer esa realidad jurídica, so pena de cometer una injusticia.

Por estos mismos motivos se dice que el derecho a la vida es *un derecho reconocido, no creado*.

Es un derecho imprescriptible. No se adquiere ni se pierde el derecho a la vida por el simple transcurso del tiempo, ya que el derecho a la vida se funda en la naturaleza humana y ésta es la misma en todo el transcurso del tiempo.

El derecho a la vida forma parte de nuestros derechos por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, y se lo pierde con la muerte.

²⁶² Red de Promotores de Derechos Humanos. *Derecho a la vida*. Ob. Cit. Pág. 26

²⁶³ HERRERA, José. Ob. Cit. Pág. 129.

Respecto a la característica del derecho a la vida como un derecho renunciabile o irrenunciabile, hay sendas posiciones en la Doctrina. Este tema lo trataré en otro apartado, en el cual expongo las principales teorías jurídicas respecto a la disponibilidad de la vida.

II. Obligaciones estatales frente al derecho a la vida²⁶⁴.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶⁵ y las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de la ONU, han establecido que el derecho a la vida implica una serie de deberes, los mismos que por razones didácticas enmarcaré en las tres obligaciones estatales respecto a los derechos humanos en general. Estas son:

Obligación de respeto: El Estado debe abstenerse de ocasionar o propiciar actos que lesionen la vida, y tampoco puede tolerar que sus agentes lo hagan²⁶⁶. El derecho a la vida no puede ser restringido por los Estados bajo ningún aspecto, pues forma parte del núcleo inderogable de derechos ya que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados.

²⁶⁴ Para mayor conocimiento del tema, puede consultarse la siguiente fuente: PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN – ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA). Ob. Cit. Págs. 39 – 47. En él se encontrarán además las referencias a los tratados internacionales en los que se sustentan estas obligaciones, que por la brevedad de este trabajo no han sido consideradas aquí. También puede examinarse el trabajo de Tara Melish sobre el tema, en el cual pone de manifiesto, luego de análisis de los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, las formas en las que se puede violar el derecho a la vida según la casuística. Cfr. MELISH, Tara. Ob. Cit. Págs. 271 – 291.

²⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*. Párr. 85; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Párr. 144 y 145. Además, puede consultarse en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Ob. Cit. Pág. 804 y ss.

²⁶⁶ PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN – ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA). Ob. Cit. Pág. 40. En esta fuente se considera que esta obligación prohíbe que los Estado produzcan la muerte, sin embargo, en mi parecer esta visión es muy restringida y debe contemplarse la prohibición de cualquier tipo de lesión al derecho a la vida, tales como la privación de las condiciones para la subsistencia. En ese sentido se considera que lesionan la vida actos como la destrucción de graneros comunales, la devastación de cosechas de maíz, la contaminación de ríos y pozos para beber. Cfr. MELISH, Tara. Ob. Cit. Pág. 272.

El Estado puede lesionar el derecho a la vida no sólo matando a las personas, sino también adoptando una serie de conductas que atentan contra este derecho, aún cuando la muerte no sobrevenga. Por ejemplo, la privación directa del suministro de alimentos y agua; la obstrucción directa del acceso a bienes, mercados y servicios de subsistencia; o, dar por terminados o hacer recortes financieros significativos a los programas de asistencia social²⁶⁷.

Es por eso que el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General No. 6 sobre el derecho a la vida, ha señalado que éste derecho impone a los Estados el deber de evitar las guerras, actos de genocidio, y otros actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de la vida. Esto por cuanto, la guerra priva año tras año la vida de las personas y es un mecanismo ilegítimo según la Carta de Naciones Unidas, salvo cuando se trate de legítima defensa²⁶⁸.

Según ese organismo, todos los esfuerzos que realicen los Estados para evitar el peligro de guerra, "...especialmente de guerra termonuclear, y para fortalecer la paz y la seguridad internacionales, constituirán la condición y garantía más importante para la salvaguardia del derecho a la vida"²⁶⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido que el Estado es garante directo de los derechos a la vida y al trato humano de las personas que permanecen bajo su custodia. El Estado asume una responsabilidad superlativa por esos derechos²⁷⁰. En ese sentido, ha sostenido que cuando una persona desaparecida es vista por última vez mientras se encontraba bajo custodia del Estado, y ha transcurrido un tiempo significativo desde su desaparición, el Estado incurre en responsabilidad por la violación del derecho

²⁶⁷ MELISH, Tara. Ob. Cit. Pág. 272 – 274 y 280. Esta autora hace una gran exposición casuística al respecto.

²⁶⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU. *Observación General No. 6: El derecho a la vida*. [Sitio en internet]. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument). Acceso: 3 de julio del 2010.

²⁶⁹ *Ibidem*. Ídem.

²⁷⁰ MELISH, Tara. Ob. Cit. Pág. 275.

a la vida, aún cuando no haya evidencia de que la persona está muerta o murió bajo la custodia del Estado²⁷¹.

Obligaciones de proteger: El Estado debe impedir que los particulares atenten contra la vida de terceros²⁷², o la priven arbitrariamente. En ese sentido:

“...los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna.”²⁷³.

En caso de ejecuciones extrajudiciales, ilegales, arbitrarias o sumarias que vulneren el derecho a la vida, especialmente cuando se encuentren involucrados agentes estatales, existe la obligación estatal de emprender una investigación oficial seria, imparcial y efectiva, realizada por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad²⁷⁴, la captura de los implicados y su enjuiciamiento penal. Los responsables de esa investigación deben ser independientes de *jure* y de *facto*, de quienes efectuaron esos actos violatorios del derecho a la vida²⁷⁵.

²⁷¹ *Ibíd.* *Ídem.*, quien a su vez toma como ejemplo de esta aseveración, entre otras, la siguiente fuente: Corte I.D.H. *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1998. (Ser. C) No. 4, Párr. 188.

²⁷² Aquí también tiene que tomarse una concepción amplia de los actos violatorios o atentatorios al derecho a la vida. No se debe comprender que los terceros pueden lesionar este derecho únicamente produciendo la muerte, sino también mediante una serie de conductas. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la falta de adopción de medidas estatales tendientes a proteger a la población en contra de la contaminación de fuentes de alimento, aire y agua por parte de terceros, atenta contra el derecho a la vida. Cfr. MELISH. Tara. Ob. Cit. Págs. 282, quien a su vez toma en cuenta la siguiente fuente: CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador 1996*, pág. 88, OEA/Ser. L/V/II.96 Doc. 10 rev. 1 (1997).

²⁷³ Voto concurrente de los jueces CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI. Párr. 3. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Ob. Cit.

²⁷⁴ El Comité de Derechos Humanos ONU también ha reconocido la existencia de esta obligación, pero respecto a la desaparición forzada de personas. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU. *Observación General No. 6: El derecho a la vida*. Ob. Cit. Párr. 3.

²⁷⁵ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta obligación surge no sólo en esos casos, sino en todo caso en el cual por cualquier motivo una persona haya perdido la vida como consecuencia del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Ob. Cit. 809, que a su vez toma esta referencia del *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, (...)*, párr. 131.

Esta obligación, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe a que, si el Estado no emprende ese tipo de investigación estaría creando un ambiente de impunidad con "...las condiciones para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida."²⁷⁶.

Si el Estado no actúa con debida diligencia para prevenir la violación, o para iniciar una investigación seria, sancionar a quienes perpetraron esos actos, e indemnizar a las víctimas, es responsable internacionalmente. La responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de proteger el derecho a la vida, no surge por el hecho mismo de la violación de este derecho por parte de un tercero, sino por los motivos antes señalados²⁷⁷.

Obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento: Los Estados deben garantizar la creación de condiciones necesarias para que las personas gocen de una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria²⁷⁸.

III. ¿Existe el derecho a disponer de la propia vida?

²⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 809, que a su vez toma esta cita textual del *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, (...), párr. 130; y el *Caso Myrna Mack Chang*,(...), párr. 156.

²⁷⁷ MELISH. Tara. Ob. Cit. Págs. 282 -284, quien a su vez toma en cuenta la siguiente fuente: Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1998, Párrs. 172-173.

²⁷⁸ Voto concurrente de los jueces CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI. Párr. 2, 4 y 7. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. "...El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho (...) hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente *conducen* a la muerte de personas (...) La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad." Cfr. Voto concurrente de los jueces CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI. Párr. 3. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. El Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha pronunciado en el mismo sentido, haciendo énfasis en la obligación de los Estados de tomar medidas para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, eliminando la malnutrición y las epidemias. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU. *Observación General No. 6: El derecho a la vida*. Ob. Cit. Párr. 5.

Previamente a valorar tanto las posiciones que defienden la existencia del derecho a disponer de la propia vida como las que la niegan, hay que zanjar o por lo menos tomar una resolución sobre la controvertida admisibilidad de los derechos sobre la propia persona. Esto se debe a que su existencia depende de esa admisibilidad, pues, de aceptarla, la facultad que este derecho supone recaería directamente sobre la persona misma.

Ese problema fundamental nos plantea las siguientes interrogantes: ¿Existe la posibilidad de que la persona sea tanto el sujeto como el objeto de un mismo derecho? ¿Acaso el objeto sobre el cual recae el derecho a disponer de la propia vida, es un ente distinto a la propia persona?

3.1. Los derechos sobre la propia persona

Para explicar la controversia tejida en torno a la existencia de los derechos sobre la propia persona, recordemos primero que, los derechos humanos, como derechos subjetivos que son, comparten la estructura general de toda relación jurídica; es decir, los sujetos, el objeto y el contenido, pues, “Aunque no única, la figura más típica de la relación jurídica privada es el derecho subjetivo, o sea, el poder de los particulares para realizar sus intereses”²⁷⁹.

El sujeto activo del derecho subjetivo es la persona a quien el ordenamiento jurídico atribuye el poder que el derecho subjetivo conlleva; y, el sujeto pasivo, la persona sobre la cual recae el deber asignado por la norma.

El objeto del derecho subjetivo, por otro lado, es la entidad (bienes materiales o inmateriales, actos singulares de las personas, atributos de la personalidad, etc.) sobre la que recae el interés protegido por el ordenamiento jurídico con el derecho subjetivo, o la

²⁷⁹ VODANOVIC, Antonio. *Derecho Civil. Parte Preliminar y General*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago – Chile. 1990. Págs. 285 – 286.

facultad que éste otorga. Finalmente, el contenido del derecho subjetivo comprende los poderes y deberes que él encierra²⁸⁰.

Aún cuando sea difícil entender que un derecho subjetivo es una relación jurídica²⁸¹, en la que el deber jurídico del obligado no es más que un reflejo de aquel derecho y su contenido la prestación del obligado jurídicamente, respecto de la cual el sujeto activo tiene una facultad, los autores contemporáneos más destacados así lo entienden²⁸², y es más existe bibliografía jurídica que asigna a los derechos humanos, la misma estructura de toda relación jurídica.

Así, Jack Donnelly, recalcando que los derechos humanos son una especie de derechos que pertenecen a toda persona por tener calidad humana, recuerda que ellos comparten la estructura general de todo derecho y que en ellos puede distinguirse tanto un objeto, unos sujetos, así como prerrogativas y obligaciones correlativas a aquellas, pues decir que “A tiene derecho a x (con respecto a B) especifica a un detentador del derecho (A), un objeto del derecho (x) y un responsable del deber (B). También describe las relaciones

²⁸⁰ Aún cuando existe renuencia a reconocer que el derecho subjetivo sea una relación jurídica, existe bibliografía que sostiene que por sí mismo, todo derecho subjetivo, requiere de un sujeto y un objeto. Aunque ese pensamiento es adecuado, olvida tratar de un sujeto pasivo relativo al poder que implica el derecho subjetivo. Cfr. VALENCIA, Arturo. Ob. Cit. Pág. 285.

²⁸¹ Esta dificultad surge del mal uso que se ha dado del término relación jurídica durante mucho tiempo. Así, desde una perspectiva sociológica, se la ha considerado, generalmente, como una relación social regulada por el ordenamiento jurídico, cuando en realidad la relación jurídica es una relación normativa entre un poder o facultad y un deber jurídico otorgados por una norma. La relación jurídica no es una relación real entre seres humanos, lo que importa al construir su noción, son las acciones u omisiones de seres humanos, mencionadas por las normas, no los hechos. A esto se debe sumar el que la bibliografía, erróneamente, al hablar de la relación jurídica dice que el sujeto activo tiene un derecho subjetivo frente al sujeto pasivo, cuando en realidad tiene una facultad, es decir, una irradiación del derecho subjetivo comprendida en éste. Piénsese, para entender lo dicho, en el derecho de propiedad y sus clásicas facultades de uso, goce y disposición, y se comprenderá la realidad de esta aseveración. Una persona tiene la facultad de uso de su propiedad frente a otra que tiene la obligación de respetarla; dicha facultad emana del derecho subjetivo de la propiedad, y es en cuanto emanación de ese derecho subjetivo que el tercero debe respetarla. Cfr. VERNENGO, Roberto. Ob. Cit. Pág. 243.

²⁸² Así Robert Alexy trata los tres problemas relativos a los derechos subjetivos: el empírico, el analítico y los normativos. Dentro del segundo indica, cómo desde una teoría estructural del derecho subjetivo se debe comprender a éste como una relación jurídica. Explica, de esta forma, que una norma es algo que expresa un enunciado normativo (por ejemplo la norma expresa el enunciado: toda persona tiene derecho a la vida), a partir del cual se puede obtener una norma individual (siguiendo el ejemplo anterior, Camilo tiene derecho a la vida frente al Estado). Si la norma individual es válida el individuo se ubica en una posición que consiste en que tiene un derecho frente al obligado (es decir, Camilo tiene la posición de ser titular del derecho a la vida frente al Estado). Alexy explica que entender a los derechos subjetivos como relaciones jurídicas, de la forma antes expuesta, es una de las tantas perspectivas desde las cuales se puede observar a los derechos subjetivos. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 155 – 156.

que guardan como resultado del derecho. A goza de una prerrogativa sobre x (con respecto a B). B posee obligaciones correlativas con A (con respecto a x)...²⁸³.

Ahora, recordemos también que existen principalmente dos teorías sobre la estructura de los derechos subjetivos: la de Ihering, y la de Savigny y Windscheid, identificadas como la teoría del interés y la de la voluntad, respectivamente.

Ihering consideraba que el derecho subjetivo “es un interés jurídicamente protegido”²⁸⁴. Dicho interés son fines que el titular necesita o quiere alcanzar y la ley considera que son dignos de protección.

Windscheid, por su parte, consideraba al derecho subjetivo como un poder o señorío que concede el ordenamiento jurídico a la voluntad de la persona, de tal forma que sólo la voluntad del sujeto puede permitir que el derecho exista, pues la norma abstracta ordena una conducta pero deja librada a la voluntad del individuo la protección particular que éste pueda recibir de ella. El ordenamiento jurídico le otorga únicamente, todos los medios para constreñir las voluntades de los demás y obligarles a la observancia de la norma; depende de la voluntad de la persona, el decidir si se vale o no de ella para la consecución de sus fines personales.

Según el criterio de Windscheid, “Cuando la voluntad de un individuo decide aprovechar dichas normas, recién entonces nace para él el derecho subjetivo”²⁸⁵.

Así por ejemplo, en el derecho real es decisiva la voluntad de la persona para ejercer un poder sobre la cosa. El titular del derecho decidirá si enajena o no el bien sobre el que recae su derecho, ejerciendo el poderío otorgado a su voluntad por el ordenamiento jurídico. Así mismo, en los derechos que no implican una acción sobre cosas o personas ajenas, sino poderes de la persona sobre sí misma, es decir, en los derechos a la vida, a

²⁸³ DONELLY, Jack. *Derechos humanos universales en la teoría y en la práctica*. Tr. por Ana Isabel Stellino. Ediciones Gernika. México, D.F. 1994. Pág. 24

²⁸⁴ VODANOVIC, Antonio. Ob. Cit. Pág. 303. Éste a su vez toma esa cita textual de: IHERING, Rudolf. *El espíritu del Derecho Romano*. s/e. s/a. s/p.

²⁸⁵ PARRAGUEZ, Luis. Ob. Cit. Pág. 35.

disponer de la propia vida, a la integridad corporal, al honor, entre otros, la voluntad del individuo es decisiva para el ejercicio del derecho.

Estos derechos supondrían, según Windscheid²⁸⁶, poderes que el ser humano tiene sobre sus propias fuerzas físicas o intelectuales, es decir, sobre la propia persona.

3.1.1. Objeciones contra la existencia de los derechos sobre la propia persona.

Quienes niegan la existencia de los derechos sobre la propia persona, argumentan que no puede considerarse que algunos derechos recaigan sobre cosas inseparables de ella, puesto que el ser humano es un ser orgánico incapaz de ser descompuesto en elementos o funciones. De esta forma, al ser las fuerzas físicas o intelectuales una manifestación de la variopinta actividad humana, no se las puede considerar como una categoría distinta al ser del cual proceden, siendo, por lo tanto, dos categorías indiferenciables²⁸⁷.

Sostienen además, que no se puede asignar a la persona dos calidades contradictorias e inconciliables, como son la de sujeto y la de objeto de un mismo derecho, aún cuando se considere erróneamente como objeto a las fuerzas físicas o psíquicas²⁸⁸.

3.1.2. Argumentos a favor de la existencia de los derechos sobre la propia persona.

Los autores que aceptan la existencia de estos derechos, afirman que, si bien no es posible una separación efectiva de los elementos que componen a la persona, abstractamente esta separación es posible, sobre todo cuando se considera a la personalidad como una entidad compuesta de elementos (compleja) y autónoma²⁸⁹.

²⁸⁶ VODANOVIC, Antonio. Ob. Cit. Pág. 316.

²⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 317.

²⁸⁸ *Ibidem*. Ídem.

²⁸⁹ *Ibidem*. Ídem.

La persona tiene, según ellos, un derecho sobre su propio cuerpo que se encuentra limitado por el ordenamiento jurídico por razones de orden público, higiene y buenas costumbres²⁹⁰.

Personalmente acojo esta posición.

3.2. *La disponibilidad del derecho a la vida*²⁹¹.

Los enfoques desde los cuales se puede tratar el problema de la disponibilidad de la vida son múltiples. Juegan a favor y en contra premisas de la ética, política, moral, religión, entre otras. Sin embargo, aquí sólo tomaré en cuenta aquellas que tengan un sustento jurídico, pues, aunque las premisas éticas, políticas, morales, religiosas y demás existentes también pueden influir en un sistema normativo como argumentos a favor o en contra de la existencia de un derecho, considero que todas ellas pueden ser introducidas al debate, de una u otra forma, como la aplicación de alguna de las premisas que tienen sustento jurídico.

Estoy consciente de que el Art. 11 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana prevé que todos los principios y derechos son irrenunciables, por lo cual, a primera vista, el derecho a la vida sería indisponible. No obstante, considero que se debe analizar el pensamiento plasmado en la doctrina y la jurisprudencia para tomar una determinación al respecto, sopesando los argumentos y las objeciones a cada una de las tesis que se planteen.

3.2.1. *Tesis a favor de la disponibilidad de la vida.*

²⁹⁰ *Ibídem*. Pág. 318. En el Ecuador, los límites a los derechos no pueden provenir de las leyes infraconstitucionales sino sólo de la Constitución, según el Art. 11 numeral 4 de la Constitución.

²⁹¹ Desarrollo aquí distintas posiciones sobre la disponibilidad de la vida tomadas de la doctrina y jurisprudencia internacional, aún cuando se podría decir que en nuestro país ya existe una posición oficial al respecto, pues el antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador al resolver un amparo constitucional en defensa del derecho a la vida contra la venta de las pastillas POSTINOR-2, consideró, sin ningún razonamiento, que ninguna persona puede disponer de su propia vida. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Caso No. 0014-2005-RA*. En: R. O. No. 297 Jueves, 22 de junio de 2006. Es más, nuestra propia Constitución da a la vida el carácter de indisponible, según expondré. No obstante, creo necesario debatir sobre el tema para optar por una solución razonada y fundamentada, pues las consecuencias jurídicas que de la disponibilidad de la vida derivan, son de trascendental relevancia.

Las posiciones que defienden esa disponibilidad son las siguientes:

a. La disponibilidad de la vida deriva del propio derecho a la vida. Arthur Kaufmann²⁹², sostiene que existe un derecho a la autodeterminación o libre disposición de la vida, y por tanto a decidir el momento de la propia muerte, que se deduce claramente del derecho a la vida establecido en la propia Constitución, en un sentido análogo a como del derecho a la integridad personal se deduce el derecho a la plena disposición de la misma. Es decir, según este razonamiento, así como existe el derecho a la vida debe existir el derecho de disponerla.

Según este Autor, el derecho a la vida es un derecho eminentemente personal, siendo incomprensible por qué desde el punto de vista jurídico debe ser un derecho irrenunciable.

b. La vida es disponible porque el suicidio no es punible. Otro sector de la Doctrina considera que al ser la conducta del suicida atípica penalmente, es patente la licitud del suicidio y por tanto la disponibilidad de la propia vida²⁹³.

c. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana sustentan esa disponibilidad²⁹⁴. Una postura ampliamente sostenida por la doctrina defiende la

²⁹² FARFÁN, Francisco. *Eutanasia, derechos fundamentales y ley penal*. Segunda edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 54, y éste a su vez de: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio. Un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del CP*. En Anuario de Derecho Penal. Enero – Abril 1987-1.

²⁹³ Esta es la célebre posición de Enrique Ferri y Binding, siendo original de este último. Cfr. JIMÉNEZ, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*. Séptima edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1984. Pág. 433. Aunque este autor no lo exprese, la fuente para esta aseveración proviene de FERRI, Enrique. *L'omicidio-suicidio*. Turín. Bocca editor. 1884. Esta forma de pensar también se ha sostenido en la actualidad, por autores como Torío López. Cfr. JUANATEY, Carmen. *El derecho y la muerte voluntaria*. Editorial Distribuciones Fontamara, S.A. México D.F. – México. 2004. Pág. 89. Ésta a su vez toma el pensamiento de este autor de: Torío López, A. “La noción jurídica del suicidio”, en Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, tomo II, Valladolid, Sever – Cueta, 1995. Pág. 656.

²⁹⁴ Aquí podría incluirse la tesis de Carmen Tomás Valiente Lanuza quien acepta la disponibilidad de la vida, pero diferenciando dos tipos de conducta de disposición de ese bien: los rechazos a una medida terapéutica salvadora y el suicidio; la primera estaría amparada por el derecho a la integridad personal y la segunda por el libre desarrollo de la personalidad. Me parece ilógico dar dos fundamentos distintos a dos especies de un mismo género, y por eso no la tomo en cuenta. Cfr. VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida: aspectos constitucionales*. En: ROMEO, C. VALIENTE, C. TORRES, I. MORENO, J. CARBALLIDO, M. Et. Al. *Actas de las VIII*

disponibilidad de la vida con fundamento en el libre desarrollo de la personalidad o en la dignidad humana como continente de esa libertad²⁹⁵.

Jornadas de la asociación de Letrados del Tribunal constitucional. El derecho a la vida. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2003. Págs. 65-72. Es cierto que el rechazo a tratamientos médicos puede fundamentarse en el derecho a la integridad personal, pero también se lo puede fundamentar en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es un principio más fuerte, pues se encuentra conectado directamente con la dignidad humana. Creo que la autora busca dos sustentos para un mismo género, pues se enfrenta a varios inconvenientes propios de su país, España. En primer lugar, la jurisprudencia española ha desconocido la existencia de un derecho a la libertad general de actuación, por lo cual, según el Tribunal Constitucional Español, no existe más libertades que las amparadas por derechos fundamentales específicos. De esta forma, no existe la posibilidad de amparar el rechazo a un tratamiento vital en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en ese país. En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, ha manifestado expresamente que el derecho a rechazar un tratamiento vital se basa en el derecho a la integridad física y moral. Cfr. VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional.* Ob. Cit. Págs. 315- 316 y 329-330. Finalmente, respecto al suicidio en general, el Tribunal Constitucional Español ha dicho que se fundamenta en el valor supremo de la libertad consagrado en la Constitución como valor, pero no como derecho. Cfr. JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Págs. 97 – 105. Todo esto contribuye a que la autora haya tomado esa posición, y eso lo parece haber manifestado tácitamente ella al decir que aún cuando el derecho a rechazar un tratamiento médico puede tener fundamento en el libre desarrollo de la personalidad o en la dignidad humana, adopta como fundamento de esa conducta el derecho a la integridad física, pues optar por el otro fundamento no permitiría proteger esta facultad mediante la utilización del recurso de amparo. Cfr. Pág. VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional.* Ob. Cit. Pág. 341.

²⁹⁵ En esta tesis se enmarcaría el pensamiento de la jurisprudencia norteamericana, pues se puede decir que en general, ya sea en base al derecho a la *privacy* (intimidad entendida como autonomía personal, por la cual se excluye al Estado de las decisiones de carácter altamente personal) o en el derecho a la autonomía personal, los tribunales norteamericanos han reconocido el derecho a negarse a recibir un tratamiento vital aún cuando de ello provenga la muerte. La jurisprudencia de algunos tribunales de los estados federados, en casos como el de Karen Ann Quinlan (New Jersey), Joseph Saikiewicz (Massachusetts), reconocieron expresamente el derecho a morir protegido por el derecho a la *privacy*; mientras que la de otros estados federados, como sucedió en el caso *Compassion in Dying v. Washington*, lo apoyaron en la autonomía personal, es decir como un aspecto de la libertad. En otros casos como el de Charles Fox (Nueva York), los tribunales de los estados federados han aceptado la existencia del derecho a interrumpir o denegar tratamientos vitales, aún cuando de ellos sobrevenga la muerte, basados en el derecho a la autonomía personal. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, se ha encargado de rectificar esos criterios en tres ocasiones: el caso Nancy Cruzan, el de *Washington v. Glucksberg*, y *Vacco v. Quill*. En la primera ocasión este Tribunal reconoció la existencia de un derecho a morir y el de rechazar un tratamiento, aún cuando sea vital, amparado en el derecho a la autonomía personal confirmado en la decimocuarta enmienda, que se configuraba como una manifestación de la libertad. En la segunda ocasión, sostuvo que en el caso Cruzan no había reconocido un derecho a la ayuda al suicidio, sino únicamente el derecho a rechazar un tratamiento vital. Finalmente, en el tercer caso también se pronuncia en ese mismo sentido, afirmando la existencia del derecho a denegar un tratamiento médico vital, pero no el derecho a la ayuda en el suicidio, pues cuando un paciente rechaza un tratamiento la muerte sobreviene por la enfermedad, mientras que si toma una dosis letal, se produce por esta acción. Esos dos extremos, según este Tribunal, se identifican con el permitir morir y el matar. Cfr. JUANATEY, Carmen. Págs. 157 – 182. Una parte de la jurisprudencia constitucional española de cierto modo también acoge esta posición, pues como explico en una nota al pie en las páginas que siguen, ha considerado que el disponer de la vida es una facultad amparada por en el valor de la libertad consagrado en la Constitución, no en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, ese Tribunal ha considerado que esa prerrogativa no tiene el carácter de derecho fundamental sino únicamente de manifestación *agere licere* (*lo que está permitido hacer*), por lo que puede ser irrespetada. Debo aclarar que, respecto de los casos en los que se dispone de la vida en base al rechazo de un

Los autores sostienen esta posición desviando su criterio en uno u otro aspecto, e inclusive, reconociendo la disponibilidad de la vida con mayor o menor amplitud.

Así por ejemplo, Del Rosal Blasco²⁹⁶ considera que el carácter disponible de la vida humana se encuentra relacionado con el valor fundamental de la dignidad humana, del que surgen todos los derechos constitucionales y especialmente el del libre desarrollo de la personalidad, en que encuentra sustento, pues el suicidio es un acto libre.

El derecho a la vida está garantizado constitucionalmente, pero no puede derivarse de ello que su protección por el Estado es absoluta y menos que el titular del bien jurídico no tenga la libre disposición de su propia vida.

La disponibilidad de la vida se encontraría justificada, según este autor, como una decisión tomada en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Bottke²⁹⁷ sostiene la misma tesis. Este autor rechazó la solución del problema constitucional de la disponibilidad de la vida a partir de la simple interpretación del artículo que consagra ese derecho, pues dicho precepto sólo prevé un derecho en sentido positivo que omite cualquier referencia a su disponibilidad. En su lugar sostuvo que ese problema constitucional puede venir resuelto sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal, por el que todos tienen derecho a desarrollar libremente su personalidad siempre que no vulneren los derechos ajenos ni atenten contra el orden constitucional o la ley.

Según el jurista alemán²⁹⁸, el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la genérica libertad de obrar de los individuos, y en ese contexto, asegura la libertad del individuo para tomar una decisión responsable de suicidarse o solicitar la ayuda de otro

tratamiento vital, el Tribunal Constitucional Español ha encontrado otro fundamento: el derecho a la integridad personal, tal y como ya indiqué en otra cita al pie de página.

²⁹⁶ NÚÑEZ, Miguel. *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*. Editorial Tecnos. Madrid – España. 2006. Pág. 213. El autor no cita la fuente de la cual toma este pensamiento de Del Rosal Blasco.

²⁹⁷ FARFÁN, Francisco. *Eutanasia, derechos fundamentales y ley penal*. Ob. Cit. Pág. 55, y éste a su vez de: DEL ROSAL, Bernardo. *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio. Un intento de interpretación constitucional del artículo 409 del CP*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Enero – abril de 1987.

²⁹⁸ *Ibidem*. Ídem.

para hacerlo, siempre y cuando no se quebranten los límites que el constituyente ha colocado frente al derecho a la autonomía personal.

En ese sentido, la facultad de disponer la vida estaría limitada, según Bottke, por la existencia de un daño a los derechos de terceros con esa conducta (límite constitucional al derecho al libre desarrollo de la personalidad tanto en Alemania como en Ecuador). Los derechos vulnerados que constriñen el derecho del suicida, serían aquellos que derivan de las relaciones jurídicas privadas del Derecho de Familia, tales como los deberes de protección o atención que se tiene respecto a los hijos²⁹⁹.

Sin embargo, según ese autor, dicha limitación no surtiría efecto en los casos en los que el sujeto padece de graves e incurables sufrimientos³⁰⁰.

Muy unida a la tesis de Bottke y Del Rosal Blasco se encuentra la de los autores Cobo del Rosal y Carbonell Mateu³⁰¹, según la cual el suicidio es una decisión a la que toda persona tiene derecho, pues se encuentra justificada por el libre desarrollo de la personalidad que proviene del valor de la dignidad humana.

²⁹⁹ VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*. Ob. Cit. Pág. 322, y ésta a su vez de: BOTTKE, Wilfred. *Suizid und Strafrecht*. Ducker & Humblot. Berlin. 1982. Pág. 45 – 46. Según mi parecer, no se puede limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad a fin de lograr que se cumplan derechos ajenos. Esto instrumentalizaría al individuo y lo colocaría como medio para fines ajenos, vulnerando su dignidad humana. Se le obligaría así, injustamente, a soportar una condena injustificable: vivir una vida no deseada. En el caso ecuatoriano, es verdad que la Constitución reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad siempre y cuando no se afecten derechos de terceros; sin embargo, eso no impide que se realice una ponderación de derechos a fin de establecer cuál de ellos debe prevalecer, y esto es lo que hace Bottke al poner una excepción al límite de la facultad de disponer la vida que él sostiene.

³⁰⁰ *Ibíd.* *Ídem*. Existen otros autores, que reconociendo la disponibilidad de la vida amparados en el libre desarrollo de la personalidad, limitan esta facultad en base a distintos argumentos al igual que Bottke. Unos acuden a la desaprobación de la moral positiva, de conductas como el suicidio; otros a la contrariedad de esa conducta con el orden constitucional. Cfr. VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*. Ob. Cit. Pág. 322. La primera opinión no es aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues ella ha sido estructurada a partir de las previsiones del ordenamiento jurídico alemán, donde el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene como límite a los derechos de terceros, al orden constitucional y a la ley moral. En el Ecuador, los únicos límites a este derecho son los derechos de terceras personas y el orden constitucional. La segunda opinión sostiene que si el ordenamiento jurídico prevería la facultad de disponer de la vida, reconocería al mismo tiempo al individuo la facultad de disponer del valor de la dignidad. Dicha posición es errónea, pues, como he señalado, la dignidad se compone de autonomía y libertad, y la decisión de disponer de la vida pone en marcha dicha cualidad. No se trata de disponer de la dignidad humana; por el contrario, la libre elección de morir del suicida y el respeto de esa voluntad celebran y ejercitan la dignidad humana.

³⁰¹ NÚÑEZ, Miguel. *La buena muerte*. Ob. Cit. Pág. 214, y JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Págs. 91 – 92, y ésta a su vez de Cobo del Rosal y Carbonell Mateu, J. C., “Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político criminales”, en RFDG (Homenaje al Prof. Sainz Cantero), núm. 12, 1987, pp.63-80.

La diferencia radica en que según ellos, la libertad se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, de tal forma que se debe entender que todos los derechos son emanaciones del libre desarrollo de la personalidad, o si se prefiere, de la dignidad humana. Es por eso que el derecho a la vida debe suponer una protección compatible con la libertad, por lo que existe un derecho a disponer de la vida que debe ser entendido como un derecho a la vida renunciable en aras del libre desarrollo de la personalidad. La renunciabilidad de la vida se encuentra indisolublemente unida al valor de la dignidad humana.

Es más, si se considera que los derechos humanos emanan del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, no existe en el supuesto de la disponibilidad de la vida un conflicto entre la libertad y este derecho.

De acuerdo con los autores, solo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional, no se trata de que en caso de conflicto la libertad deba prevalecer sobre la vida. La vida no deseada por su titular es absolutamente irrelevante para la Constitución. La vida sólo debe ser protegida si su titular, o sujeto pasivo, lo quiere.

La posición de Cobo del Rosal y Carbonell Mateu no puede ser aceptada totalmente en el caso ecuatoriano, pues de conformidad con los razonamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que considera que la vida es la piedra angular de todos los derechos humanos y el corolario esencial para su existencia, la vida en nuestro sistema jurídico se encuentra en la cúspide de los derechos. Esto se debe a que según el Art. 31 numeral 3 literal b del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, este criterio es el que debe orientar nuestro ordenamiento jurídico, al ser la interpretación que se le debe dar a un tratado internacional que lo integra.

Queralt Jiménez³⁰² comparte una posición similar a todos autores de esta corriente. El sostiene que si bien la vida es el sustrato material sobre el cual se levanta todo el

³⁰² NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Págs. 215 – 216; el autor no cita la fuente. Queralt Jiménez hace este razonamiento, partiendo del hecho de que la libertad, la justicia y el pluralismo político han sido instituidos por la Constitución española como valores superiores del ordenamiento jurídico, por lo que ellos son una guía interpretativa del orden jurídico, y debe optarse por la solución que mejor convenga a la libertad. En el Ecuador se podría decir lo mismo respecto del valor de la dignidad humana. En un sentido similar se ha pronunciado el jurista argentino Martín Diego Farrell. Cfr.

patrimonio político de una persona, cuando una persona solicita o consiente que su vida sea abreviada, no entra en juego la prohibición de renuncia a un derecho fundamental, sino que se trata del ejercicio de la libertad. Es una renuncia, en uso de la libertad, a continuar sufriendo la vida.

Este autor complementa la posición de todos los anteriores asegurando que el Estado debe dar la debida protección jurídica a quien decide morir y a quien lo auxilia en ese propósito, siempre que se cumplan determinadas condiciones, pues el núcleo esencial de la libertad es la posibilidad de ejercerla, y no existe un deber jurídico de vivir.

Todas y cada una de las posiciones expuestas hasta aquí tienen alguna falencia que no permite que sean exhibidas como contundentes. En general ellas no proporcionan un argumento sólido, pues las que buscan demostrar la disponibilidad de la vida fundándose en la libertad introducen a la solución del problema constitucional otro relativo a la precedencia entre la libertad y la vida. Esto se debe a que si la libertad justifica que la vida pueda disponerse, es por su superioridad jerárquica, pues ¿de qué otro modo podría sostenerse esa idea?

Los autores que dicen que la disponibilidad de la vida encuentra su fundamento en la libertad y si se quiere en la dignidad humana, no justifican por qué la dignidad humana sirve de sustento a ese juicio.

Valle Muñiz³⁰³, entendiendo bien el problema existente entre la disponibilidad de la vida y el valor fundamental de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, ha solucionado esos inconvenientes proponiendo una idea contundente. Él sostuvo que la correcta interpretación del alcance y límites de protección de los derechos humanos es entenderlos como realidades normativas configuradoras de la dignidad de la persona. De este modo, según Él, dado que la Constitución no permitiría una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad humana, y que ésta supone el rechazo de

MASSINI, Carlos. ZAMBRANO, Pilar. *Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?* En: ARIAS, C. BORDA, A. BUERES, A. SANTOS, A. MASSINI, C. Et. Al. *La persona humana*. Director: Guillermo Borda. Primera edición. Editorial La Ley. Buenos Aires – Argentina. 2001. Pág. 122. Éstos a su vez toman el pensamiento de este autor de: FARRELL, M. *Ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires – Argentina. Abeledo – Perrot. 1985.

³⁰³ JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 93. Ésta a su vez de: Valle Muñiz, J. M. “Artículo 143 Cp”, en Comentarios al nuevo Código Penal (dirigidos por Quintero Olivares y coordinados por Morales Prats), Navarra, 2ª ed., 2001, pp. 705 – 708.

cualquier forma de instrumentalización del ser humano en aras de salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden disponer libremente de su vida y por lo tanto, el suicidio está amparado por la Ley Fundamental³⁰⁴.

Este autor, inclusive llega a asegurar que, como consecuencia de esos razonamientos, el castigo de las conductas de cooperación en el suicidio de un tercero no encuentra explicación en la configuración del derecho de autodeterminación, sino que más bien son razones éticas o religiosas las que justifican su existencia³⁰⁵.

La tesis de Valle Muñiz no es ajena a la forma de pensar común a todas las posiciones expuestas, por el contrario se encuentra emparentada totalmente. Sin embargo no contiene las falencias de las anteriores.

Creo personalmente que este argumento que contiene la idea original, no es extraño a nuestro sistema jurídico, pues, como ya indiqué, la dignidad según el criterio de nuestras normas es el valor del cual dimanen todos los derechos. Por tanto, ningún derecho puede estar en contradicción con ella. Además, precisamente uno de los elementos de la dignidad humana implica que la persona tiene la posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según él³⁰⁶, de tal forma que toda persona tiene el derecho a decidir cómo, cuándo y en qué forma morir, y los demás deben respetar el ejercicio de su derecho.

d. La disponibilidad de la vida en base a la libertad de conciencia. Ronald Dworkin³⁰⁷, tratando el tema de la disponibilidad de la vida como un caso específico

³⁰⁴ En un sentido similar: HUERTAS, O. RAMIREZ, O. SEGURA, A. GARCÍA, F. PINZÓN, B. *El derecho a la vida en la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá – Colombia. 2007. Págs. 92 y 93. No obstante, estos autores son timoratos al aceptar la disponibilidad de la vida, a tal punto que dicen que ella es inalienable, pero alienable excepcionalmente, cuando se renuncia a ella en pos de evitar que su dignidad resulte menoscabada o vulnerada.

³⁰⁵ *Ibidem*. *Ídem*.

³⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-881-2002*. Emitida el 9 de noviembre de 1998. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>. Acceso: 12 de enero del 2010.

³⁰⁷ FARFÁN, Francisco. *Eutanasia, derechos fundamentales y ley penal*. Ob. Cit. Pág. 57 – 58, y éste a su vez de DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Editorial Ariel. 1994. También utilizo como fuente la brillante exposición de Carlos Massini y Pilar Zambrano sobre el tema. En ese trabajo se exponen las ideas completas de Dworkin, con toda su complejidad, pues ha de considerarse que por motivos metodológicos mi exposición deja muchos puntos de su pensamiento, en pro de la claridad. Ronald Dworkin, en su exposición original, parte del ejemplo del aborto, toma una serie de consideraciones previas para concretar los puntos expuestos, e inclusive adopta varias conclusiones no expuestas aquí. Cfr. MASSINI, Carlos. ZAMBRANO, Pilar. Ob. Cit. Págs. 109 – 118.

acerca del interrogante sobre el significado y el alcance del valor intrínseco o la santidad de la vida, ha defendido la tesis de la disponibilidad de la vida fundamentándose en la libertad de conciencia³⁰⁸.

Según el profesor norteamericano, la mayoría de personas creemos que la "...vida humana es valiosa de tres modos: i) instrumentalmente, en la medida en que sirve a los intereses de los demás; ii) subjetiva o personalmente, cuando evaluamos su valor para la persona de cuya vida se trata; y, iii) generativamente (...)"³⁰⁹, cuando consideramos que la vida es inviolable porque valoramos el proceso de creación humana, por el milagro que representa la reproducción humana que tiene como resultado un ser complejo producido como de la nada³¹⁰. En fin, sostiene, lo sagrado de la vida reside en la admiración que produce en nosotros la complejidad de tres procesos creativos³¹¹ que dan lugar a su formación: el natural o divino, que le da existencia biológica; el cultural, por el cual cada individuo recibe la cultura formada por sus antecesores, en la cual se inserta; y, el personal, según el cual una persona se hace y rehace a sí misma.

³⁰⁸ Con esta posición se alinea la Corte Constitucional colombiana, que en su jurisprudencia más actual ha considerado que la protección de la vida en el ámbito jurídico y "...la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.". En ese sentido, en una sociedad pluralista, respetuosa de la dignidad del hombre y del libre desarrollo de la personalidad como máxima expresión de ésta, no puede optarse por una decisión al respecto que violente esos principios. De esta forma, "...si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral. Job es un patético ejemplo de valor para sobrellevar la existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes; pero la resignación del santo, justificable y dignificante sólo por su inmovible fe en Dios, no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues de nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción.". Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia C-239/97*. Emitida el 20 de mayo de 1997. F.J. C 1. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm>. Acceso: 14 de julio del 2010.

³⁰⁹ MASSINI, Carlos. ZAMBRANO, Pilar. Ob. Cit. Pág. 112.

³¹⁰ Ibídem. Pág. 112-113.

³¹¹ Aunque el autor no lo diga, es fácil entender que cada uno de estos procesos creativos está relacionado con los modos en que las persona creemos que la vida es valiosa.

En este sentido es que el valor sagrado o intrínseco de la vida de las personas no es uniforme en todas las concepciones. Es más, el mal producido por la muerte no es igual en todas ellas, pues en unas tendrán mayor relevancia la inversión creativa natural hecha en la vida, mientras otras considerarán fundamental la inversión cultural o personal. “Así, los conservadores le atribuirán una importancia fundamental a la inversión creativa natural – religiosa o evolutivamente entendida – para la determinación de la sacralidad de la vida, de modo tal que cualquier atentado a la misma sería inadmisibles, independientemente del grado de desarrollo de la inversión cultural e individual. En el otro extremo, para las posiciones liberales más ortodoxas, la inversión individual será tan dominante en la definición de lo sagrado, que su frustración debería evitarse incluso a costa de la frustración de la inversión natural en la propia vida o en otra vida.”³¹².

La mayoría de las personas querrían que su muerte expresara los valores más importantes en sus vidas: la santidad de la vida como creación divina, o como proceso cultural, o como creación individual. Es propio de cada cual decidir si da prevalencia a la inversión personal, a la inversión natural o a la cultural, dando fin a su vida de una u otra forma, acorde a ese modo de pensar.

Así, por ejemplo, las personas pueden sostener que la inversión natural en la vida es prioritaria y mantener una posición conservadora frente a la eutanasia. Otras pueden creer libremente que la muerte anticipada es adecuada, pues la prolongación de la vida de quien adolece la enfermedad o ha perdido la conciencia no ayuda a realizar la maravilla natural de la vida humana, sino que más bien los propósitos de la naturaleza para la vida humana no se satisfacen cuando se la sostiene con ayuda de medios artificiales.

De esta forma, la decisión de mantener la vida y cuándo sobreviene la propia muerte está dada por reflexiones profundamente espirituales que son trascendentales y definitorias de la propia personalidad; y, la eutanasia no contradice el valor de la santidad de la vida, sino que por el contrario lo sostiene³¹³.

³¹² MASSINI, Carlos. ZAMBRANO, Pilar. Ob. Cit. Pág. 113.

³¹³ Ibídem. Pág. 115.

El Estado debe proteger la decisión de quien, contrariamente a la posición de la iglesia católica, que manda a soportar el sufrimiento de la agonía pues la vida es un don divino del que nadie puede disponer, piensa que la santidad de la vida sólo se alcanza cuando se anticipa la muerte, si la vida se ha hecho indigna para sí mismo. Esa será la elección optada por su libertad de conciencia.

Como corolario de la posición de Dworkin se puede decir que la vida resulta disponible cuando las reflexiones personales tomadas en ejercicio de la libertad de conciencia, lo justifican.

e. La disponibilidad de la vida indigna. Se ha sostenido también que las personas tienen derecho a la vida, pero a una vida digna, acorde con la dignidad humana, es decir, una vida con un buen estado de salud física y psíquica, sin enfermedades o discapacidades que pudieran dañar ese nivel de vida, su raciocinio, autonomía o control. A las personas que sufren enfermedades o lesiones incurables muy dolorosas, por tanto, se les debería reconocer un derecho a morir para evitar la continuación de una vida indigna³¹⁴.

Esta tesis ha sido refutada contundentemente por las consecuencias que trae, pues:

“si fuera lícito matar a una persona - o ayudarla a que se mate – porque la misma no posee una determinada calidad de vida, se estaría sosteniendo que la vida humana tiene un valor extrínseco y relativo, condicionando a la posesión de ciertas cualidades o ventajas, o lo que es lo mismo, que la persona humana carece de una dignidad o valor intrínseco por el mero hecho de ser persona, de la que sólo gozaría a condición de poseer un mínimo de ciertas cualidades (salud, etc.) que la sociedad consideraría necesarias como para que merezca seguir viviendo.”³¹⁵.

f. La disponibilidad de la vida en base a las prácticas sociales. Según Luis Fernando Niño, la disponibilidad de la vida deriva de la existencia de prácticas cotidianas de

³¹⁴ SAMBRIZZI, Eduardo. *Derecho y eutanasia*. Primera edición. Editorial la Ley. Buenos Aires – Argentina. 2005. Pág. 41.

³¹⁵ *Ibíd.* Pág. 42. Éste a su vez de: CASTAÑEDA, Adolfo. *Cómo refutar los argumentos a favor de la eutanasia y el suicidio asistido*. [en línea]. Disponible en: www.vidahumana.org/vidatam/eutanasia/refutar.html.

disposición de la misma, que se encuentran permitidas. “Los deportes de alta montaña, las profesiones riesgosas, las operaciones quirúrgicas con finalidad plástica o – aun – reparadora son sólo algunos ejemplos”³¹⁶. Es más, sostiene, “Si la vida es esencialmente tiempo, nada es más cierto que afirmar que solemos gastarla del modo que nos plazca, dentro de las posibilidades que ofrece nuestra circunstancia. Inclusive ‘frecuentemente se nos premia y condecora por arriesgarla’.”³¹⁷.

En base a todo eso Niño considera que si se permite esas prácticas de disposición de la vida, por qué no ha de permitirse la eutanasia.

Aceptar la posición de Luis Fernando Niño implicaría reducir la solución del problema de la disponibilidad de la vida a la observación de conductas realizadas por pocas personas, como si las discusiones jurídicas podrían ser reducidas al establecimiento de reglas generales en base a conductas particulares. El pensamiento de este autor es inadmisibles, es más, como ha demostrado Eduardo Sambrizzi, los argumentos en los cuales Niño basa su posición son irreales, pues ninguna de esas actividades cotidianas implican disposición de la vida, en todo caso en ellas se la arriesga e inclusive en otras, como las operaciones quirúrgicas, se busca crear mejores condiciones para continuar gozando de ella³¹⁸.

3.2.2. Tesis en contra de la disponibilidad de la vida³¹⁹.

En contra de los argumentos a favor de que la vida sea un bien disponible, se ordenan los siguientes:

a. El derecho a la vida es absoluto³²⁰. El derecho a la vida impone al Estado el deber de respetar y proteger ese bien jurídico. El Estado debe proteger la vida humana con

³¹⁶ NIÑO, Luis. *Eutanasia morir con dignidad. Consecuencias jurídico penales*. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1994. Pág. 128.

³¹⁷ *Ibidem*. Ídem.

³¹⁸ SAMBRIZZI, Eduardo. *Ob. Cit.* Pág. 41.

³¹⁹ No he considerado aquí otras posiciones que objetan la disponibilidad de la vida, que me parecen intrascendentes y extrañas al debate jurídico. Puede consultarse sobre ellas en: SAMBRIZZI, Eduardo. *Ob. Cit.* Págs. 45 – 59.

³²⁰ NÚÑEZ, Miguel. *Ob. Cit.* Pág. 213. El autor no cita la fuente de la cual toma esta referencia. La jurisprudencia constitucional española encuadra, de cierto modo, en esta posición, pero respecto al suicidio en general no respecto a la disposición de la vida mediante el rechazo de un tratamiento

independencia de la voluntad de vivir o morir del titular del derecho (carácter absoluto de la protección), por lo que este derecho deviene en indisponible.

No puede extraerse, por tanto, de la garantía constitucional del derecho a la vida, la facultad de su titular de disponer libremente de su propia vida.

b. La vida es indisponible aún cuando el suicidio es atípico. La vida humana es un bien jurídico indisponible y el hecho de que del contenido del tipo penal de ayuda o colaboración al suicidio se deduzca la impunidad para el suicida, se debe únicamente a consideraciones políticas criminales, lo cual no impide que la conducta deba ser considerada como antijurídica³²¹.

Alfredo Etcheberry considera de este modo que existen muchas razones que "...justifican solamente la impunidad del suicidio, pero no lo legitiman. Si no se castiga al suicida, es por su condición anímica tan peculiar, que hace imposible o inútil aplicarle una pena."³²². En ese sentido sostenía Carrara³²³, que por conveniencia el suicidio no podía ser punido, ya que las penas deberían ser bárbaras e injustas y no cumplirían con su cometido de

vital, como ya explique en otra nota al pie de página. El Tribunal Constitucional de ese país ha sostenido que el derecho a la vida tiene un contenido distinto a los derechos de libertad, por lo cual, no puede reconocerse en base a él un derecho a la propia muerte. Sin embargo, dicho Tribunal ha reconocido la existencia de la facultad de disponer de la vida en base a la libertad genérica, en tanto la vida es un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad. Disponer de la vida, según ese Órgano, no es un derecho fundamental sino una manifestación de *agere licere*, pues hacerlo no está prohibido por la Ley; no obstante, en ningún modo eso significa que exista un derecho subjetivo para movilizar el poder público para vencer la resistencia a esa voluntad de morir. La asistencia médica coactiva no viola por lo tanto ese derecho. Cfr. JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Págs. 97 – 105. La libertad genérica de actuación, según el Tribunal Constitucional Español, no es un derecho fundamental sino que en el ordenamiento jurídico de España se encuentra contemplado a través del valor superior de la libertad plasmado en el texto constitucional. Por esto, en ese sistema jurídico, no cabría recurso de amparo contra la violación de esa libertad genérica. Cfr. VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*. Ob. Cit. Pág. 315-316. A todas luces esta posición es contradictoria y errada, debido a las equivocaciones del Tribunal Constitucional de ese país, que ya expliqué en otro lugar. En primer lugar, todo derecho implica obligaciones de protección y respeto que mandan a que el Estado mediante su fuerza pública proteja el objeto de un derecho fundamental: la voluntad de morir. Segundo, la libertad genérica (que implica el derecho al libre desarrollo de la personalidad y sí se prevé en España) protege un cúmulo de acciones y omisiones como derecho fundamental, y el que una facultad esté amparada por él significa que este derecho lo comprende en su contenido; por lo tanto, no puede dársele otra categoría distinta a la de derecho.

³²¹ Cfr. REY, Fernando. *Eutanasia y derechos fundamentales*. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2008. Págs. 84 y 135.

³²² ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 60

³²³ *Ibidem*. *Ídem*. Etcheberry toma a su vez este pensamiento de: CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Ayarú. Buenos – Aires. 1955. Pág. 1152 y ss.

disuadir al suicida, sino que por el contrario afligirían más e injustamente a su familia. Pacheco³²⁴, consideró, en cambio, que salvo que se establezcan penas de tormentos e infamia para el caso de frustración, toda pena sería inútil ya que en su propósito de disuadir al criminal se verían como menores a la pena que él mismo se ha impuesto: la muerte. En este sentido, aclara, que si al suicida el natural apego a la vida y el instinto de conservación le son impotentes para disuadirlo de su propósito de auto eliminarse, menos lo serían penas inaplicables como la de muerte o la prisión, máxime cuando ésta última se presenta como menor frente a la que él mismo se ha impuesto.

Si bien esta tesis se encuentra en sintonía con la doctrina penal, parece ser inexplicable, en la actualidad, la antijuridicidad del suicidio. Existe en varios autores el criterio de que el suicidio es una expresión del libre desarrollo de la personalidad; y, que además la conducta del suicida cae en una zona donde el Derecho no tiene incumbencia, pues la vida sólo se protege penalmente con respecto a las agresiones de terceros, ya que el Derecho implica alteridad, interrelación humana, y por tanto, su regulación alcanza única y exclusivamente a las interferencias intersubjetivas.

Es más, la antijuridicidad del suicidio resulta insostenible, pues “El castigo de conductas que no suponen un perjuicio para bienes jurídicos ajenos, o sólo de forma muy indirecta, sólo podría explicarse por lo que en la filosofía moral se denomina un puro perfeccionismo estatal – derivado de la atención a unos determinados preceptos morales o religiosos-, plenamente incompatible, por definición, con la esencia autónoma individual...”³²⁵. De esta manera, la utilización del Derecho Penal para castigar el suicidio, violaría los principios de lesividad y de intervención mínima del Derecho Penal, que mandan a sancionar penalmente únicamente cuando se violenten bienes jurídicos, para evitar las conductas que así lo hagan, excluyendo por lo tanto la sanción de conductas con el fin de preservar convicciones morales, ideológicas o religiosas³²⁶.

De este modo, en ese contexto, el acto de quitarse la vida no resulta antijurídico.

³²⁴ *Ibidem.* Ídem, éste a su vez de: PACHECO, Joaquín. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid. 1867. Pág. 31.

³²⁵ VALIENTE, Carmen. *Ob. Cit.* Pág. 67.

³²⁶ *Ibidem.* Pág. 68.

c. La vida es indisponible porque existe un deber jurídico de vivir. La vida es indisponible pues cada persona tiene frente a la comunidad el deber jurídico de seguir viviendo. Es por eso que la ayuda al suicidio y la eutanasia siempre han de recibir un juicio de reproche, ya que consisten en conductas que buscan poner fin a la vida humana antes de su término natural y por tanto son antijurídicas, pues violan ese deber jurídico de toda persona³²⁷.

Esta tesis ha sido desvirtuada radicalmente, puesto que al deber jurídico de seguir viviendo "... la doctrina mayoritaria lo considera insostenible, por cuanto evoca un total deber de sumisión del individuo a la comunidad, incompatible con la actual concepción liberal del orden social, ya que el individuo está obligado frente al Estado y frente a los demás, mientras esté vivo, pero no está obligado a vivir."³²⁸.

En ese sentido se ha afirmado que:

"la visión de la vida o la salud como un deber sólo es admisible en aquellos sistemas políticos confesionales o totalitarios, habida cuenta que los primeros, al considerar inmoral que la persona disponga de lo que le ha dado Dios, y los segundos, al estimar que el Estado es dueño de la vida de sus nacionales, y que la fidelidad debida por el ciudadano se ve quebrantada cuando dispone de ella, entienden que el suicidio es una conducta antijurídica."³²⁹.

Por lo tanto, en un Estado Constitucional de Derechos y justicia como el nuestro, que se presenta como la antítesis del Estado totalitario, el deber de vivir resulta inaceptable.

Es más, los razonamientos en base a los cuales algunos autores concluyen que existe un deber de conservar la vida, son erróneos. Así, por ejemplo, Francisco Herrera Jaramillo considera que el deber de conservar la vida se deriva de que la persona es un ser dependiente tanto ontológica como moralmente³³⁰.

³²⁷ FARFÁN, Francisco. Ob. Cit. Pág. 53.

³²⁸ Ibídem. Pág. 54.

³²⁹ Ibídem. Pág. 42, y éste a su vez de Gómez, Carlos. *La eutanasia y el suicidio asistido en el derecho penal colombiano*. En *Estudios de Bioderecho*. Instituto de Estudios para el Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Colección de Pensamiento No.5. 2002. Pág. 154.

³³⁰ HERRERA, Francisco. Ob. Cit. Pág. 79.

A esta aseveración llega a través del siguiente razonamiento: Aún cuando la persona es dueña de sí misma, dicho dominio es limitado. La persona "...no domina su ser ni en el aparecer – antes de ser no era; luego, no dominaba nada – ni en su muerte – el hombre es mortal -."331; es decir, el hombre nace y muere pero no porque él lo decida, su subsistencia no tiene en él su soporte último, "...no es una subsistencia que el hombre posea *por sí*. Si el hombre fuera subsistente por sí mismo, ni nacería ni moriría, simplemente sería."332.

Esto pone de manifiesto, según Herrera, la carencia del carácter absoluto o ilimitado del ser, existir y la libertad humanas. El hombre es un ser dependiente moral y ontológicamente (es decir, en su acto de ser es pero depende de algo o alguien para ser). Ontológicamente, "El principio y el final de un ser humano escapan al dominio del hombre (...) el hombre no tiene poder ontológico para comenzar a ser ni tiene libertad moral de reducirse al no ser."333. Moralmente, "el hombre es un ser para unos fines, en razón de los cuales es llamado a la existencia y tiene dominio sobre su ser. La vida – su ser- la recibe el hombre para el cumplimiento de sus fines naturales..."334 y por tanto, está ordenado ontológicamente a esos fines, y debe tender a ellos.

Con todos estos argumentos concluye el autor que "Si al hombre le ha sido dada la vida – su ser – y no se le ha dado dominio sobre su muerte (lo que conllevaría a la inmortalidad), todo ello indica que ha sido *llamado a la vida* – no a la muerte- y, por tanto, sobre él recae el deber de conservar la vida."335.

Esta forma de pensar merece dos observaciones. En primer lugar, ella sólo plasma una idea religiosa: la dependencia del hombre a un ser supremo, el cuál decide sobre su vida y su muerte. Como ese ser supremo decide sobre esos aspectos, y por lo tanto, al hombre le está limitado el dominio sobre los mismos: tiene el deber de vivir.

331 *Ibíd.* *Ídem.*

332 *Ibíd.* *Ídem.*

333 *Ibíd.* Pág. 80.

334 *Ibíd.* *Ídem.*

335 *Ibíd.* *Ídem.*

Claramente y con mucha precisión Ronald Dworkin desvirtuó este tipo de argumentaciones sobre la indisponibilidad de la vida, por lo que en esta parte me remito a los pensamientos de ese autor sobre la santidad de la vida y la libertad de conciencia³³⁶.

En segundo lugar, este planteamiento parte de concepciones erróneas. Si bien la persona no domina su ser en el aparecer - pues no depende de él llegar o no a la vida – sí lo domina en su muerte. Evidentemente no domina su ser en la muerte de tal forma que pueda evitar morir, porque tarde o temprano la persona perecerá, pero sí puede dominar el hecho de que su muerte venga en un determinado momento o en otro, de una forma o de otra.

d. La prohibición de la libertad de matarse. Luzón Peña³³⁷, en contra de la tesis ya expuesta de Cobo del Rosal y Carbonell Mateu que sustenta la disponibilidad de la vida en el valor supremo de la libertad, sostiene que es más que discutible que valores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político estén por encima de bienes jurídicos como la vida, ya que éste tiene ciertas características (ser susceptible de daños irreparables, la base de todos los demás derechos, tener una enorme repercusión social) que lo hacen susceptible de ser rodeado de garantías especiales, como su indisponibilidad.

Agrega además, que el hecho de que en el articulado de la Constitución el derecho a la vida se encuentre contemplado antes que la libertad, es compatible con el castigo de los delitos contra la vida.

La indisponibilidad de la vida sólo afecta el derecho a la libertad, pero ese derecho, como todos, encuentra sus límites donde las leyes lo marquen. Precisamente la Ley no reconoce sino que niega la libertad de matarse.

³³⁶ FARFÁN, Francisco. *Eutanasia, derechos fundamentales y ley penal*. Pág. 57 – 58 y Carlos. ZAMBRANO, Pilar. Ob. Cit. Págs. 109 – 118. Véase *ut supra*.

³³⁷ JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 90, y ésta a su vez de: Luzón Peña, D., *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis*, en REP, núm. 238, 1987. Pp. 55 – 56.

Todos estos razonamientos no tienen sustento y por tanto no pueden ser aceptados. En primer lugar, como anota Carmen Juanatey³³⁸, Luzón no ha demostrado cómo la Ley, interpretada de acuerdo a la Constitución, niega la libertad de matarse, y por tanto la disponibilidad de la vida. En segundo lugar, es discutible que la mayor o menor protección que la Constitución dispensa a los derechos humanos pueda deducirse de la ordenación sistemática de los mismos dentro de su articulado.

e. Quien resuelve quitarse la vida renuncia a la libertad. Haciendo una reflexión similar a la de Kant, quien sostenía que no se puede utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo, por lo que, por ejemplo, un hombre no puede utilizar su libertad para renunciar a ella y convertirse en esclavo, pues al hacerlo, deja de ser libre y no puede hacer uso de ella para disponerla, se ha sostenido que disponer de la vida amparándose en la autonomía personal o en la libertad, sería destruir estas categorías con esa elección³³⁹.

De este modo, se ha dicho que la autonomía personal no justifica que renunciemos a la vida privada, porque dicha elección implicaría la destrucción de nuestra autonomía³⁴⁰; o que, la libertad supone la vida, de tal forma que “para ser libre es necesario ser viviente.”³⁴¹, por lo que, “No se puede ser libre si no tenemos la vida. La vida llega anteriormente a la libertad; por eso, cuando la libertad suprime la vida es una libertad que se suprime a sí misma. El aborto o la eutanasia, por ejemplo, no pueden nunca celebrar la libertad porque su fin es suprimir la vida (...) Ninguno de ellos puede ser un acto libre y lícito del uso de la libertad porque es contra la vida.”³⁴².

En primer lugar, si se entiende que la vida es el supuesto para la existencia de la autonomía personal o de la libertad, obviamente que si se destruye dejan de tener vigencia estos valores. Pero eso no quiere decir que la eutanasia no celebra la libertad, pues la decisión de terminar la vida es la máxima expresión de esta facultad.

³³⁸ JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 91.

³³⁹ SAMBRIZZI, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 45-46. Quien recoge este pensamiento de Juan Manuel De Prada, *Eutanasia*, en internet, www.muertedigna.org

³⁴⁰ *Ibidem*. Ídem.

³⁴¹ *Ibidem*. Pág. 47. Éste a su vez de: La bioética personalista, en *Vida y Ética*, Publicación del Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica argentina, año 2, no. 2, diciembre de 2001, pág. 14.

³⁴² *Ibidem*. Ídem.

Tampoco puede decirse que ni el aborto ni la eutanasia son actos libres porque destruyen el presupuesto de la libertad, su cualidad de ser libres o no se debe juzgar al momento en que se toma esa decisión, cuando se decide morir o abortar. No es justo ni lógico que se juzgue después de desaparecida esta facultad. En ese sentido, siguiendo el orden de ideas propuesto por esta tesis, se podría decir que el acto de enajenar un bien no es un acto de dominio, pues con él se destruye la propiedad existente sobre el bien.

Finalmente, de ninguna forma se adecua el pensamiento de Kant con el supuesto de la eutanasia. En la eutanasia se hace uso del principio de la libertad o de la autonomía personal para destruir la vida, no la libertad misma. Si con su destrucción sobreviene la pérdida del goce de la libertad, eso no significa que se esté destruyendo la libertad, sino que en un futuro será imposible gozar de ella.

3.2.3. Criterio personal.

Según mi criterio, tomando en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico la dignidad es el valor jurídico del cual dimanar todos los demás derechos, el concepto del derecho a la vida debe ser entendido desde la óptica de este principio, de tal forma que se entienda que la vida implica la existencia con ciertas condiciones materiales, sin tratos degradantes o inhumanos y sobre todo con autonomía personal. Esta autonomía personal permite que el individuo pueda conducir su existencia conforme a las propias decisiones que tome acerca de los hechos que le sobrevengan en la vida, y precisamente, la muerte es un hecho que acaece en la vida.

“Nacimiento y muerte hacen parte de la vida y se contrapesan. El uno es la condición de la otra. Están en los dos extremos, los dos polos de todas las manifestaciones de la vida.”³⁴³ La muerte es tan importante en la vida de un ser humano que él tiene toda su existencia para preparar su venida; y, si la muerte es uno de los hechos de la vida, sobre los cuales la persona puede decidir amparándose en la autonomía personal o libre

³⁴³ Schopenhauer, Arthur. *El amor, las mujeres y la muerte*. Editorial Cometa de Papel. Medellín – Colombia. 1998. Pág. 59.

desarrollo de la personalidad ¿Cómo ha de prohibírsele que decida la forma y el tiempo en que le sobrevendrá?

Prepararse para la llegada de la muerte (el cómo vivir mientras se está muriendo) y aún decidir cómo y cuando se muere es una elección que tiene que ver con la dignidad humana, en tanto autonomía personal, facultad que constitucionalmente está protegida por el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La soberanía sobre el fin de la existencia es algo que diferencia a los seres humanos del resto de los animales. “Sabemos que morimos, y este saber es privativo de la condición humana. A diferencia de otros seres que padecen el cese biológico, los humanos sabemos de nuestra constitutiva caducidad.”³⁴⁴, y ello nos permite preparar el hecho de la muerte, no aplazando su venida, hecho inevitable, sino decidiendo cómo y cuándo llegará.

El irrespeto de la decisión de morir de la forma, en el lugar y el momento elegido, implica la negación de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como manifestación directa de ella.

No se puede alegar una supuesta protección del derecho a la vida para obligarle a una persona a obrar contrariamente al plan diseñado para su muerte, pues existe un derecho a la vida, pero ese derecho debe ser concebido dentro del marco de la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Si se obliga a una persona a vivir para que el Estado logre cumplir sus obligaciones respecto del derecho a la vida ¿No se estaría tratando a la persona como un medio para fines ajenos, y por lo tanto, no se estaría negando la dignidad humana?

³⁴⁴ Cita textual de F.Elizondo. *Aportación antropológica*. En: Vivir el morir, Labor Hospitalaria, Barcelona, 1992, pp. 225-226. Tomada de DOMINGUEZ, Fernando. *La muerte*. En: VACA, R. SCHAEFER, G. GARCÍA, A. DOMINGUEZ, F. PESÁNTEZ, W. Et. Al. *Eutanasia: aspectos éticos – médicos y jurídicos. La bioética y los conflictos en los confines de la vida*. Primera edición. Centro de Publicaciones de la PUCE. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 105.

En fin, la vida es disponible en virtud del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues el derecho a la vida protege la existencia con autonomía personal, al ser ésta la única interpretación que se concilia con el principio de la dignidad humana.

IV. La protección penal de la vida en el Código Penal ecuatoriano.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la vida tiene una especial jerarquía, como ya expliqué. Es por eso que las normas penales buscan protegerla frente a las actuaciones de terceros que tiendan a aniquilarla o ponerla en peligro.

Es así que nuestro Código Penal tutela la vida tipificando el homicidio en sus distintas modalidades (homicidio simple, parricidio, infanticidio, asesinato, homicidio en riña), el auxilio e instigación al suicidio, así como la expectativa de vivir sancionando el aborto. También sanciona nuestra Ley Penal conductas que impliquen un riesgo para la vida; de esta forma tipifica el abandono de menores.

Al ser la vida y la dignidad dos cosas inseparables, y si la dignidad refleja al ser humano como sujeto autónomo y responsable capaz de tomar sus propias decisiones, según Carlos Gómez Pavajeau³⁴⁵ se deduce que los delitos que tutelan la vida pretenden por esta vía proteger también el libre desarrollo de la personalidad. El homicidio y todos los delitos que tutelan la vida, según esta visión, son delitos pluriofensivos. Sin embargo, existen autores que como Alfredo Etcheverry sostienen que la Ley penal sólo protege la vida en sus aspectos primarios, como existencia física, en su acepción restringida³⁴⁶.

Si se asume una u otra posición, las implicaciones serán distintas. Así, para quienes sostienen que la ley penal protege la vida en su acepción amplia, como vida digna, no deben ser punibles los supuestos de auxilio al suicidio, el homicidio consentido o el homicidio piadoso, en los cuales la vida ya no estaría penalmente protegida pues ha

³⁴⁵ FARFÁN, Francisco. Ob. Cit. Pág. 146

³⁴⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 15.

perdido su carácter de dignidad. Esta discusión es ajena al fin de este trabajo, por lo cual no entro en el análisis respectivo.

Queda en el tintero la pregunta relativa al repudio o indiferencia con que nuestro Código mira a la eutanasia pasiva, pues si el objetivo de este trabajo es analizar la responsabilidad penal del médico en ese tipo de eutanasia, ¿respecto de qué norma penal se debe analizarla? ¿Existe en ese caso un concurso ideal de delitos? Además ¿existe una protección penal de la vida frente a esta conducta?

CAPÍTULO V

EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD³⁴⁷.

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres.”³⁴⁸.

Miguel de Cervantes.

³⁴⁷ Ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ni el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité DDHH) han desarrollado el contenido de este derecho, pues tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) sólo traen provisiones sobre la libertad física o libertad personal y el derecho a no ser detenido arbitrariamente que lo concreta. En el sistema interamericano de derechos humanos, aún cuando el texto del Art. 7.1 de la CADH protege en términos generales la libertad y seguridad personales, la jurisprudencia de la CIDH se ha encargado de limitar su contenido exclusivamente a la protección de la libertad física o personal y el derecho a no ser detenido arbitrariamente como garantía que lo concreta. Al respecto resultan ilustrativas las siguientes jurisprudencias: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre del 2005. Párr. 104. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio del 2005. Párr. 56. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010; y, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Párr. 53. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acceso: 5 de enero del 2010. Sin embargo, la Corte reconoce que existe un derecho a la libertad general de actuación humana, que aunque no se encuentra previsto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se proyecta sobre toda ella, pues “del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.”. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Párr. 52. Por otro lado, la jurisprudencia de de la CIDH ha desarrollado breves lineamientos sobre el concepto de proyecto de vida, relacionándolo con la libertad y el derecho a la vida digna. El sistema de derechos humanos de la ONU tampoco trae provisiones sobre el derecho general de libertad, pues aún cuando el Art. 9 del PIDCP también prevé el derecho a la libertad y seguridad personal de una manera amplia, la Observación General No. 8 del Comité DHH de la ONU ha limitado este derecho a la libertad física y la prohibición de detención arbitraria al igual que la CIDH. Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU. *Observación general No. 8: derecho a la libertad y a la seguridad personal*. [Sitio en Internet]. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/f4253f9572cd4700c12563ed00483bec?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/f4253f9572cd4700c12563ed00483bec?Opendocument).

Acceso: 23 de junio del 2010. En nuestro país, finalmente, aún cuando este derecho es de larga data, tampoco ha existido un desarrollo jurisprudencial ni doctrinario de su contenido, por lo que me remito a la doctrina y jurisprudencia extranjeras para precisarlo.

³⁴⁸ CERVANTES, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Segunda Parte. Editorial Sol 90. Barcelona – España. 2002. Pág. 403.

I. Concepto.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido definido como el derecho general de libertad o el derecho a la libertad general de actuación humana en el más amplio sentido³⁴⁹. Y es que este derecho es el núcleo de la libertad: "...la libertad de hacer y omitir lo que se quiera."³⁵⁰, es decir, la libertad vista de la forma más amplia posible, pues no opera respecto de una conducta determinada ni en un ámbito específico.

Los diversos derechos fundamentales como la libertad de tránsito, el libre comercio, la libertad de culto, etc., concretan la garantía de la libertad otorgada por este derecho, pues sólo protegen ciertos aspectos singulares y diferentes de la libertad general³⁵¹, y por tanto, una parcela del amplio terreno que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende. En ese sentido, esos derechos son sus concreciones y derivaciones.

La Corte Constitucional colombiana, concuerda con esa opinión, pues considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad "...condensa la libertad *in nuce*, 'porque

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 299 y 301, y éste a su vez de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: BVerfGE 6, 32. También: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-523/92 de 18 de septiembre de 1992*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-523/92.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010. Puede consultarse varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán en: SCHWABE, Jürgen (Compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Traducido por Marcela Anzola Gil. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá – Colombia. 2003. Págs. 21-28. En ésta última fuente se explica que el Tribunal Constitucional Federal Alemán consideró al derecho al libre desarrollo de la personalidad como libertad de actuación en el más amplio sentido, debido a la redacción del Art. 2 de la Constitución de este país, que dice que toda persona tiene este derecho siempre y cuando no vulnere los derechos de los demás, ni atente contra el orden constitucional o la moral, ya que si la interpretación de este derecho se hubiera restringido no se podría entender cómo el desarrollo al interior de la personalidad pudiese ir en contra de los derechos de otros o incluso contra el ordenamiento constitucional. Aún cuando la redacción de nuestra Constitución sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el Art. 66 numeral 5, sólo trae como límite de este derecho a los derechos de los demás, se puede entender también como un límite el orden constitucional en virtud de la disposición del Art. 83 numeral 1 de nuestra Ley Fundamental que impone el deber genérico de respeto de la Constitución a los ecuatorianos. Por consiguiente, esta forma de entender al derecho al libre desarrollo de la personalidad, también es aplicable al caso ecuatoriano.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 301. También CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Ob. Cit. Párr. 52.

³⁵¹ MOLAS, Isidre. Ob. Cit. Pág. 308. Este autor llama a este derecho como derecho a la autodeterminación personal.

cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”³⁵². Es más, según esa Corte, el derecho general de libertad “...comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos”³⁵³.

Este derecho, según la doctrina³⁵⁴, contiene dos facultades³⁵⁵: 1) la libertad de hacer y omitir lo que se quiera de acuerdo con la voluntad propia, siempre y cuando no existan restricciones, entendiéndose que lo restringido es únicamente aquello que se encuentra expresamente prohibido, pues todo lo que no está prohibido está permitido, por lo cual el ejercicio de este derecho faculta hacer aquello que está permitido y lo que no está prohibido; y, 2) el derecho a que nadie (ni el Estado ni los particulares) impidan las acciones y omisiones del titular del derecho fundamental³⁵⁶.

A la segunda facultad, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán³⁵⁷, debe agregarse el derecho a que, en la medida posible, no se afecten

³⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355-06 de 10 de mayo del 2006*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010.

³⁵³ *Ibidem*. Ídem.

³⁵⁴ Cfr. MOLAS, Isidre. Ob. Cit. Pág. 307 y ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 301.

³⁵⁵ Estas dos facultades corresponden a la libertad positiva, entendida como la facultad de llevar una vida conforme la voluntad propia, y a la libertad negativa, entendida como la negativa de la intervención del Estado en la vida privada de los particulares, respectivamente. Según Berlin Isaiah la libertad negativa responde a la pregunta: “...<<cuál es el ámbito en que al sujeto – una persona o grupo de personas – se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas>>.”, mientras que la libertad positiva responde a la pregunta: “<<qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra>>.”. Cfr. BERLIN, Isaiah. *Cuatro Ensayos sobre la libertad*. Primera edición. Alianza Editorial, Madrid España, 1998. Pág. 220.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 301. Éste autor considera que el derecho general de libertad implica un derecho a que el Estado no impida las acciones y omisiones del titular del derecho; sin embargo, según lo indicado, los derechos humanos irradian su efecto a todas las acciones públicas y privadas, y por tanto, los sujetos particulares también tienen esta obligación. Estas dos facultades propuestas por la doctrina, tienen cabida en nuestro ordenamiento si se toma en cuenta que el derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido previsto en nuestra Constitución en el capítulo sexto del título segundo que habla sobre los derechos de libertad, y el Art. 66 numeral 29 de la Ley Fundamental dice que “Los derechos de libertad también incluyen: (...) d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”.

³⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 301. Este a su vez de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán: BVerfGE 34, 238 (246), BVerfGE 54, 148 (153 s.) y BVerfGE 9, 83 (88).

situaciones jurídicas ni se eliminen posiciones jurídicas, pues, según Alexy, las intervenciones en las posiciones y situaciones jurídicas del titular del derecho fundamental "...afectan siempre indirectamente su libertad de acción. Así, por ejemplo, la afectación de la situación de la libre comunicación mediante grabaciones con cintas magnetofónicas y la eliminación de la posición jurídica de un miembro del consejo de personal afectan las posibilidades de acción del respectivo titular de derecho."³⁵⁸.

La adopción de la propuesta del Tribunal Constitucional Federal alemán, implica una mayor vigencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues de esta manera ese derecho protege tanto directa como indirectamente la libertad general de acción humana, en un mayor espectro. Por lo tanto, ese debe ser el razonamiento adoptado por los jueces y tribunales de justicia de nuestro país, pues, de conformidad con el Art. 11 numeral 5 de la Constitución de la República, en materia de derechos se debe aplicar la interpretación que más favorezca a su vigencia.

La facultad de hacer y omitir voluntariamente lo que no se encuentra prohibido implica que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos; es decir, el individuo goza de la libertad de actuación humana dentro de una esfera vital³⁵⁹, él

³⁵⁸ Ibídem. Pág. 302.

³⁵⁹ La jurisprudencia alemana ha desarrollado la teoría de las esferas. Según ella, existe una esfera más interna, en la cual los comportamientos o el ser de la persona no influyen en la esfera personal de terceros ni en la vida de la comunidad; una esfera privada más amplia, la cual comprende todo lo que pertenece al ámbito privado pero no está comprendido en la esfera más interna; y, una esfera social, que incluye todo lo que no comprende la esfera privada más amplia. El desarrollo de esta teoría se debió a una interpretación del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la cual sostuvo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no protege exclusivamente el desarrollo de los puntos más centrales de la personalidad, es decir, que no protege exclusivamente la esfera más interna, sino también las otras esferas. La teoría de las esferas, demuestra que la protección de la libertad general es más intensa cuando a ella se le suman otros principios como la dignidad humana, y que esa protección en la esfera más interna, la privada más amplia y en la esfera social debe derivar de una ponderación que considere los principios de la comunidad y de terceros que han sido afectados. Considero que en nuestro país el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege acciones, omisiones, posiciones y situaciones jurídicas pertenecientes a esas tres esferas, pero que para determinar la existencia de esa protección se debe acudir a la ponderación de principios. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. Pág. 316-317. Pienso que una interpretación que limite la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad al ámbito exclusivo de la esfera más íntima, sólo podría sostenerse tomando en cuenta equivocadamente la palabra personalidad, como expresión de lo más íntimo. Sin embargo, como bien ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, la palabra personalidad tiene una acepción relacionada con la singularización de la persona, la exteriorización de aquello que le hace único e irrepetible a cada persona: sus intereses, deseos y convicciones. Ese es el sentido de la palabra personalidad. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-594/93 de 15 de diciembre de 1993*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-594/93.htm>.

decide cómo quiere ser en los aspectos de esa esfera, tomando su destino en sus propias manos según sus intereses, deseos y convicciones.

Con ese reconocimiento de la autonomía de la persona, se constata que existe un ámbito que le corresponde exclusivamente al individuo como sujeto ético espiritual que aspira desarrollarse y determinarse a sí mismo en libertad: la libre elección en los asuntos de su propia vida, lo bueno y lo malo de ella, y el sentido de su existencia³⁶⁰.

Está vedada cualquier injerencia del Estado y los particulares en esa esfera vital reservada para el individuo. Decidir por la persona en los asuntos que se refieren a esa esfera de la vida sobre la cual tiene autonomía, es "...arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen"³⁶¹. Es por eso que la jurisprudencia constitucional internacional ha sostenido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es una expresión de la dignidad humana, en tanto implica la posibilidad de autodeterminación que ésta conlleva³⁶²; y, que este derecho no es más que la consecuencia necesaria de la concepción que postula al Estado como un instrumento al servicio del hombre, y no el hombre al servicio del Estado³⁶³.

II. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.

Acceso: 23 de junio del 2010; y, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-616/97 de 27 de noviembre de 1997*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-616/97.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010

³⁶⁰ Exposición de la demanda de inconstitucionalidad en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006*; y, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-481/98 de 9 de septiembre de 1998*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481/98.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006*; ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C – 355 DE 2006 DEL MAGISTRADO PONENTE JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006*; y, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. *Sentencia N.º 007-2006-PI/TC de 22 de junio de 2007*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>. Acceso: 23 de junio del 2010.

³⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006*.

“Soy libre solamente si planeo mi vida de acuerdo con mi propia voluntad; los planes implican reglas, y una regla no me oprime o me esclaviza, si me la impongo a mí mismo conscientemente o la acepto libremente, habiéndola entendido, fuese inventada por mí o por otros, suponiendo que sea racional...”³⁶⁴.

Isaiah Berlín.

La libertad de opción que otorga a la persona la facultad de hacer y omitir lo que no está prohibido, se relaciona con un concepto recientemente incorporado a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos: el proyecto de vida³⁶⁵, pues las decisiones amparadas bajo el libre desarrollo de la personalidad tienen que ver con la determinación autónoma de un modelo de vida o de realización personal³⁶⁶.

El proyecto de vida³⁶⁷ es un concepto que tiene que ver con la realización integral de la persona de acuerdo con sus vocaciones, aptitudes, circunstancias, potencialidades y

³⁶⁴ BERLÍN. Isaiah. Ob. Cit. Pág. 246.

³⁶⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de un derecho a un proyecto de vida y ahora se plantea la existencia de un derecho a un proyecto de *post vida*. Cfr. Voto concurrente del juez A.A. CANÇADO TRINDADE en el caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Párr. 67. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005 (*Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas*). [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acceso: 25 de junio del 2010.

³⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006*; y, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-075/07 de 7 de febrero del 2007*.

³⁶⁷ Este concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como uno de los daños producidos por la violación de derechos fundamentales. Ahora ya no existen únicamente el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, sino también el daño al proyecto de vida como un concepto distinto de ellos y que exige reparaciones específicas que van más allá de las económicas, pues implica daños espirituales no cuantificables que buscan reparación mediante obligaciones de hacer que impliquen medidas de satisfacción. Este concepto no tiene que ver con las potencialidades económicas del hombre, sino con sus potencialidades espirituales. Se deja de lado el concepto de *homo oeconomicus* por el cual la persona se considera únicamente en función de su producción económica y de su capacidad laboral. El concepto del daño al proyecto de vida corresponde a un concepto integral de la persona, como un ser no sólo económico sino espiritual cuyas necesidades y potencialidades van más allá de las económicas. Cfr. Voto razonado conjunto de los jueces A.A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI dentro del Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Párr. 8 – 11. En CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (*Reparaciones y Costas*). [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Párr. 89. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010; y, Voto concurrente de A.A. CANÇADO TRINDADE en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Párr. 10. A pesar de ese desarrollo conceptual referido a los daños, existe un pronunciamiento de la

aspiraciones personales, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas en su vida y acceder a ellas³⁶⁸.

Cada sujeto, durante su existencia, se plantea su propio destino de acuerdo a sus opciones de vida³⁶⁹. El proyecto de vida, de esta forma, es un resultado previsto y probable según las opciones de vida; y, ellas, a su vez, son la garantía de que el sujeto ejerza su libertad, pues "...difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación."³⁷⁰

Por lo tanto, la cancelación o menoscabo de las opciones de vida constituye una reducción objetiva de la libertad: la persona puede escoger entre menos opciones de las que legítimamente debería tener, y se ve compelida a optar por una que probablemente no habría escogido, si el universo del cual la seleccionó hubiese sido más amplio. "Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito."³⁷¹

Corte Interamericana que vincula el proyecto de vida con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha vinculado de manera específica este concepto con el derecho general de libertad. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-481/98 de 9 de septiembre de 1998*; y, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-616/97*.

³⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Párr. 147

³⁶⁹ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de hacer o no hacer lo que está permitido, es decir, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es el derecho de "...toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones." Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Párr. 52.

³⁷⁰ *Ibíd.* Párr. 148. En este sentido un voto concurrente de la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que la libertad tiene que ver con la libertad de elección, en tanto "Solamente se es libre si el individuo puede realizar lo que él desee y por ende pueda elegir, entre dos o más maneras de obrar que se presenten, cuál es la que él apetece adoptar(...) En otras palabras, la libertad radica en la posibilidad de escoger, el que no escoge no es libre (...) Por consiguiente, en la libertad deben siempre existir como mínimo dos opciones, esto con el propósito que el individuo ejerza su libertad eligiendo por cual opta. De presentarse sólo una opción o aún más grave, no existiendo la posibilidad de escoger; no podemos hablar de *Libertad*". Cfr. ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C – 355 DE 2006 DEL MAGISTRADO PONENTE JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355/06 de 10 de mayo del 2006*.

³⁷¹ *Ibíd.* Párr. 149.

El proyecto de vida y el derecho al libre desarrollo de la personalidad se vinculan durante toda la existencia, pues, tal y como ha considerado el juez Cançado Trindade, "...en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales..."³⁷² que se encuentran contenidos en su proyecto de vida. El libre desarrollo de la personalidad, "...como derecho de cada persona a elegir su propio destino..."³⁷³, como derecho de toda persona a "...ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás."³⁷⁴, permite que las personas desarrollen su proyecto de vida con autonomía.

III. El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Íntimamente relacionado con la dignidad humana se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no sólo por el hecho de ser una derivación de este principio, al igual que todos los demás derechos, sino por ser considerada una manifestación directa de él.

Ya expliqué anteriormente como, según la visión de Kant y de varias jurisprudencias constitucionales, la dignidad humana se vincula con las características de racionalidad y libertad de las personas, es decir, con su autonomía personal. Es más, conforme quedó explicado al referirme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, uno de los componentes de la dignidad humana es precisamente la autonomía personal, es decir la capacidad de las personas de determinar su propio destino: el libre desarrollo de la personalidad.

³⁷² Voto concurrente de A.A. CANÇADO TRINDADE en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Párr. 3. En ese mismo sentido la Corte Constitucional Colombiana ha considerado que "*La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.*", "...el desarrollo de la personalidad ha de entenderse como la realización del proyecto vital, que para sí tiene el hombre como ser autónomo". Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-594/93*.

³⁷³ Voto razonado conjunto de los jueces A.A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI en el caso Loayza Tamayo vs. Perú. Párr. 15.

³⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-594/93 de 15 de diciembre de 1993*.

La dignidad humana es un valor que impone que toda persona sea considerada como un fin en sí misma, no como un medio, y es por eso que se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, un voto concurrente de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, ha sostenido que “El libre desarrollo de la personalidad, es un derecho fundamental que deviene de la Cláusula General de Libertad, y cuyo ejercicio ratifica constantemente, en un Estado Constitucional y democrático, el principio de dignidad humana.”³⁷⁵.

“La libertad de autodeterminación hace que la persona sea un fin en sí misma. La persona es dueña de su propia ‘felicidad’, lo que la hace digna. Por consiguiente, existe la posibilidad de rechazar las acciones externas que pretendan determinar qué es lo bueno o conveniente para un individuo.”³⁷⁶.

La dignidad humana, entendida según la fórmula de Kant, implica que únicamente la persona puede disponer sobre sí misma, y que, consecuentemente, es imposible que otros dispongan sobre ella. Por ende, el medio imprescindible para proteger la dignidad humana es la garantía del libre desarrollo de la personalidad, en tanto, por medio de ella se manifiesta la autonomía de la persona humana. El ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad ratifica constantemente la dignidad humana, como ha sostenido el voto concurrente citado.

Berlín ha expuesto estas ideas de forma magistral al decir que:

“El sentido positivo de la palabra libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mi mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos conscientes que son míos, y no por causas que me afecten, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros

³⁷⁵ Aclaración del voto salvado del juez Jaime Araujo Rentería F.J. 3.1.4., en: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia C – 355/06*. Emitida el 10 de mayo del 2006.

³⁷⁶ *Ibíd.* *Ídem*.

hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir , concebir fines y medios propios y realizarlos. *Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando digo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo.*³⁷⁷ (el énfasis es mío).

La vinculación innegable entre los conceptos de dignidad y libre desarrollo de la personalidad tienen una seria implicación: cualquier negación, rémora o detrimento del derecho de libertad general implicará al mismo tiempo un perjuicio equivalente de la dignidad. Toda fuerza negativa que choque con la libertad, se dirigirá también contra la dignidad de manera directa. Toda violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, será *per se* una violación directa de la dignidad humana, y por tanto, el más atroz de los males posibles en el ordenamiento jurídico³⁷⁸.

Es verdad que al final de cuentas, toda violación de un derecho humano es una negación del principio de la dignidad; sin embargo, eso no significa que la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad no tenga mayor trascendencia que la violación de otro derecho humano.

Si un derecho sufre un perjuicio, daña a su vez la dignidad humana, pero ese daño se produce de forma indirecta. La violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad es un daño directo a la propia dignidad humana, a uno de sus elementos, a una de sus partes.

IV. El derecho a negarse a recibir un tratamiento vital.

En la relación médico-paciente existe una serie de derechos que le asisten al enfermo. Así por ejemplo: el derecho a recibir en forma adecuada suficiente información respecto

³⁷⁷ BERLIN, Isaiah. Ob. Cit. Pág. 231 – 232.

³⁷⁸ “Si la esencia de los hombres consiste en que son seres autónomos – autores de valores y de fines en sí mismos, cuya autoridad consiste precisamente en el hecho de que están dotados de una voluntad libre -, nada hay peor que tratarles como si no lo fueran, como si fueran objetos naturales manipulados por influencias causales, y criaturas que están a merced de estímulos externos...”. Cfr. *Ibidem*. Pág. 238.

de su estado de salud, y especialmente, sobre la enfermedad que le afecta, sobre las terapias aplicables a su caso y los riesgos que éstas implican³⁷⁹.

Ligado a ese derecho se encuentra aquel que reconoce la facultad del paciente de tomar las decisiones sobre los posibles tratamientos médicos a los que se le someterá, de tal forma que él decida si continúa con el tratamiento actual, si se le aplica una terapia distinta, o si no desea que se le aplique ninguna terapia.

Ese derecho significa, a decir de Sambrizzi, que "...el paciente puede consentir o rechazar las prestaciones médicas que de allí en más le serán aplicadas, con todas las implicancias que resultan de las mismas, sus eventuales riesgos y beneficios, todo lo cual implica una previa y amplia información al respecto."³⁸⁰

La declaración de voluntad que el paciente presta respecto a sus tratamientos médicos, se conoce como consentimiento informado, y vincula al médico de tal forma, que él no puede contravenir esa voluntad imponiendo una terapia que le parezca conveniente³⁸¹, aún cuando de la decisión del paciente sobrevengan consecuencias adversas para su salud o inclusive la muerte³⁸².

La doctrina italiana ha recogido estas aseveraciones en el principio *voluntas aegroti suprema lex* (la voluntad del que está enfermo es la ley suprema), que manda que toda

³⁷⁹ SAMBRIZZI, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 89.

³⁸⁰ *Ibidem*. Ídem.

³⁸¹ *Ibidem*. Pág. 90. Antiguamente se justificaba que el médico no tome en consideración la voluntad del paciente, sino que imponga el tratamiento que él mismo considere conveniente, según su parecer. Claramente esta actitud, en varias ocasiones denominada paternalista, pone de manifiesto una violación al principio de la dignidad humana, pues violenta la autonomía personal. Esta noción de la medicina se pone de manifiesto en el juramento hipocrático, donde se dice "<<haré uso del tratamiento para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender>>", pero jamás fue considerada la posibilidad deliberativa del paciente". Cfr. ESTÉVEZ, Edmundo. *Respeto de la voluntad del paciente acerca de la aceptación o no de tratamientos o prácticas médicas*. Pág. 338. En: VACA, R. SCHAEFER, G. GARCÍA, A. DOMINGUEZ, F. PESÁNTEZ, W. Et. Al. Ob. Cit. Tal fue la concepción paternalista de la medicina que no sólo se vulneró el derecho a la autonomía del paciente, sino también el derecho a ser informado veraz y oportunamente sobre su estado de salud y los tratamientos médicos que recibiría. Se aceptó la mentira piadosa, en ese sentido. Actualmente esto ha cambiado, existen disposiciones contrarias a estos derechos del paciente en el Código de Ética Médica ecuatoriano, pero ellas son totalmente anacrónicas e inconstitucionales. Recordemos que el paternalismo es el mayor despotismo imaginable, según Kant, porque niega la esencia humana. Cfr. BERLIN, Isaiah. Ob. Cit. Pág. 238. Por lo tanto, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, una actitud semejante es inaceptable.

³⁸² *Ibidem*. Ídem.

intervención médica requiere el consentimiento previo del paciente³⁸³, pues de él se desprende que:

“... el deber del médico de curar parte y se fundamenta en el previo consentimiento del sujeto, que el paciente puede rechazar el tratamiento y que, por lo tanto, en caso de rechazo del tratamiento cesa la obligación jurídica del médico de curar y surge el deber de respetar la voluntad en contra del paciente.”³⁸⁴.

El derecho de aceptar o rechazar un tratamiento médico, implica una declaración de voluntad, y por lo tanto, requiere que el paciente tenga voluntad y conciencia. Esto conlleva un inconveniente cuando el paciente es incapaz, pues el que no es capaz no puede determinarse aceptando o rechazando el tratamiento médico. En esos casos, es común que las legislaciones de los países faculten a los familiares del paciente a decidir por él³⁸⁵.

Nuestra legislación reconoce este derecho del paciente, y de esta forma, prevé la facultad del enfermo de rechazar o aceptar un tratamiento médico.

La Ley Orgánica de Salud publicada en el R.O. No. 423 del viernes 22 de diciembre del 2006, en su Art. 7, sostiene que toda persona tiene, en relación a su salud, los siguientes derechos: “d) Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos”, “e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes

³⁸³ MANTOVANI, Ferrado. *El problema jurídico de la eutanasia*. En: ROXIN, C. MANTOVANI, F. BARQUÍN, J. OLMEDO, M. *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Traducciones por Jesús Barquín, Miguel Olmedo y Jesús Martínez. Editorial Comares. Granada - España. 2001. Pág. 95.

³⁸⁴ *Ibidem*. Ídem.

³⁸⁵ El Art. 10 numeral 6 de La Ley General de Sanidad de España, al prever el derecho de los pacientes a recibir información sobre los tratamientos que recibe, con el objeto de que pueda elegir libremente si lo acoge o no, dice que cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. Cfr. LEY GENERAL DE SANIDAD [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.observatoriobioetica.com/legislacion/ley_general_sanidad.pdf. Acceso: 21 de Diciembre del 2010.

de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna.”; y, “h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de la personas y para la salud pública”.

El legislador, al establecer esta ley, debe haber realizado un razonamiento similar al que pronunció en la sentencia T-645-98 la Corte Constitucional de Colombia respecto a la fundamentación del derecho del paciente de aceptar o rechazar un tratamiento médico. En esa ocasión, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que si el derecho a la salud es "la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"³⁸⁶ e implica por tanto “una acción de conservación y otra de restablecimiento”³⁸⁷, la negativa del paciente de recibir un tratamiento vital constituye el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto conlleva la negativa a hacer valer el derecho a la salud: el derecho a restablecerse³⁸⁸.

Estimo que el legislador ecuatoriano realizó un razonamiento similar, pues en la Ley Orgánica de Salud, al tratar el tema, se refiere continuamente a la autonomía de la voluntad de paciente.

Otra norma que trae una prescripción similar a la de la Ley Orgánica de Salud, es la Ley de Derechos y Amparo al Paciente publicada en el R. O. No. 626 de 3 de Febrero de 1995. El Art. 5 de esta Ley establece que: “Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su

³⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-645-98*. [Sitio en internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-645-98.htm>. Acceso 28 de febrero del 2010.

³⁸⁷ *Ibidem*. *Ídem*.

³⁸⁸ Los juristas no coinciden en fundamentar este derecho en el libre desarrollo de la personalidad. La doctrina y jurisprudencia alemanas, así como la del Tribunal Constitucional Español, han considerado que este derecho integra el contenido esencial del derecho a la integridad física, pues cualquier intromisión no consentida en el cuerpo ajeno, aún cuando sea con fines curativos, supone la lesión de este derecho, que debe entenderse por tanto, como aquel que permite al individuo mantener el propio organismo libre de cualquier intromisión no deseada. Cfr. VALIENTE, Carmen. *Ob. Cit.* Pág. 64-66.

estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúanse las situaciones de emergencia.”. Por su parte el Art. 6 del mismo Cuerpo Legal, con mayor claridad que la Ley Orgánica de Salud, sostiene que: “Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.”.

Finalmente, el Código de Ética Médica³⁸⁹ publicado en el R.O. No. 5 de 17 de agosto de 1992, también reconocen la necesidad del consentimiento informado y el derecho a decidir sobre los tratamientos que se recibe, aunque de manera tácita y limitada.

¿La normativa ecuatoriana ha regulado la posibilidad de que el consentimiento del paciente incapaz sea suplido por el de terceros? Sí, al respecto existen disposiciones expresas en el Código de Ética Médica y la Ley Orgánica de Salud.

Dice el Art. 15 del Código de Ética Médica que: “El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que éste de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones.”; y, el Art. 16 de la misma norma sostiene que “Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente.”.

El Art. 77 de La Ley Orgánica de Salud, por su parte, dice que: “La aceptación o negativa para transfusión de sangre y sus componentes, debe realizarse por escrito de parte del

³⁸⁹ Cfr. Arts. 15 y 16 del Código de Ética Médica. Tomo en cuenta esta norma, aún cuando su vigencia sea cuestionable, pues este acuerdo ministerial fue emitido en base a la facultad otorgada al Ministerio de Salud Pública por el antiguo Código de Salud; no obstante, dicha norma fue derogada por la Disposición General Tercera de la vigente Ley Orgánica de Salud.

potencial receptor o a través de la persona legalmente capaz para ejercer su representación, exceptuándose los casos de emergencia o urgencia.”

Entonces, según se desprende de la lectura de esas disposiciones, en el Ecuador el consentimiento del paciente incapaz puede ser suplido por el de su representante legal, respecto a la aceptación o rechazo de transfusiones sanguíneas; y, por el de su representante o el de sus familiares, respecto a la aceptación o rechazo de intervenciones quirúrgicas, procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que a juicio del médico signifiquen riesgo, y al uso de técnicas y drogas nuevas a falta de otros recursos médicos probados.

4.1. Los límites de este derecho.

El derecho del paciente a decidir sobre los tratamientos médicos a serle aplicados no es absoluto. La doctrina considera que el paciente no puede negarse a recibir un tratamiento cuando esa negativa implique daños a terceros – como cuando se resiste a recibir una vacuna contra una enfermedad contagiosa, poniendo en riesgo la salud de las demás personas, o peor aún propagando una epidemia-, y cuando lo que busca es específicamente la muerte. No obstante, según el criterio de la doctrina, cuando esa decisión conduce a la muerte, pero el paciente no la busca específicamente sino que pretende ser fiel a sus creencias religiosas, evitar el sufrimiento que dicho tratamiento le puede causar o no recibir un tratamiento que considera inconducente para la curación, este derecho no se encuentra limitado³⁹⁰.

Este segundo límite al derecho a negarse a recibir un tratamiento vital, se fundamenta, según la doctrina, en la inexistencia de un derecho a morir³⁹¹. Es decir, la aceptación o el rechazo de este límite están vinculados íntimamente con la posición que se adopte frente a la disponibilidad de la vida, por lo cual el tema también es escabroso³⁹².

³⁹⁰ SAMBRIZZI, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 100.

³⁹¹ *Ibidem*. Ídem.

³⁹² Inclusive hay quienes piensan que cuando el paciente utiliza el derecho a negarse a recibir un tratamiento médico, no busca la muerte sino que desea sanar, pero no a cualquier precio, por lo cual este derecho se encontraría limitado en ese sentido. No obstante, dicha posición ha sido desestimada, pues puede perfectamente suceder que “...la finalidad de un rechazo de tratamiento sea precisamente la de morir, sin que ello añada ni reste un ápice al derecho del enfermo.”. Cfr. VALIENTE, Carmen. Ob. Cit. Pág. 66.

La Ley Orgánica de Salud en el Art. 7 literal h, reconoce como límite de este derecho el riesgo para la vida de las personas o para la salud pública, y los casos de emergencia o urgencia médica, pero no establece un límite cuando la decisión del paciente busca específicamente la muerte. Por consiguiente, se puede sostener que en nuestra legislación el derecho a negarse a recibir un tratamiento vital se extiende incluso a los casos en los cuales se busca específicamente y a propósito la muerte, pues la ley no ha limitado esta libertad en ese sentido.

4.2. *¿Los niños, niñas y adolescentes son titulares de este derecho?*

El derecho a obtener información sobre los tratamientos médicos que recibe, y a decidir si los acepta o rechaza, es también un derecho que asiste a los niños, niñas y adolescentes. Esto se desprende de un fácil razonamiento realizado a partir del texto de los Arts. 15 y 60 del Código de la Niñez y Adolescencia. El primer artículo dice que los niños, niñas y adolescentes gozarán de todos los derechos que las leyes prevén a favor de las personas adultas, de lo cual se desprende que tienen el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento vital, previsto en la Ley Orgánica de Salud y la Ley de Derechos y Amparo al Paciente. El segundo sostiene que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, por lo cual se entiende, que al ser las decisiones sobre su salud un hecho que les afecta, pueden decidir si es que acogen o no un tratamiento que la restablezca.

No obstante, esta decisión de acogerse o no a un tratamiento vital, otorgada por un niño, niña y adolescente, deberá ser tomada en cuenta dependiendo de la edad y la madurez de quien la manifiesta, de conformidad con el Art. 60 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el Art. 13 de ese Cuerpo Legal.

Los médicos y los padres del niño, niña o adolescente, deberán examinar los parámetros de la edad y la madurez del niño, niña o adolescente, a fin de tomar una determinación sobre si se respeta esa voluntad o no, pues ellos son corresponsables de la vigencia de los derechos de los niños, según el Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia. En este

caso, tanto el galeno como los progenitores, deberán tomar en cuenta si el niño, niña o adolescente puede ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Estimo que en el peor de los casos, cuando haya controversia sobre la vinculación de esa decisión entre el médico y los padres, cualquiera de ellos deberá acudir al órgano competente por medio de una medida de protección de derechos.

Por otro lado, si es que el niño es evidentemente inmaduro, y su edad hace presumir que su decisión no debe ser tomada en cuenta, los familiares del niño, niña o del adolescente, deberán tomar una determinación de tal forma que se realicen de mejor manera los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. Esto por cuanto, como ya dije, ellos son corresponsables del ejercicio y vigencia de los derechos de sus hijos.

La decisión, en el caso de la eutanasia, radicará en la elección entre el derecho a la vida (supervivencia) y el derecho a la integridad física, pues este último derecho conlleva la obligación de no someter a las personas a tratos inhumanos y degradantes.

En este caso, también existe la posibilidad de que tanto el médico o los progenitores propongan medidas de protección ante la autoridad judicial o administrativa.

SEGUNDA PARTE

ASPECTOS CONCEPTUALES, JURÍDICOS Y ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EUTANASIA

CAPÍTULO VI

LA LEGITIMIDAD Y LA TIPICIDAD DE LA EUTANASIA PASIVA

“...el combatiente y el victorioso odian por igual vuestra muerte aspaventera, que viene arrastrándose como un ladrón, y que, sin embargo, se acerca como soberana. Yo os hago el elogio de mi muerte, de la muerte libre, que viene porque yo quiero.”³⁹³

Friedrich Nietzsche

I. Concepto de eutanasia.

El debate sobre la eutanasia “deriva muchas veces en un galimatías, en un babel de lenguas donde los distintos sujetos que participan en él usan los mismos términos pero hablan de cosas diferentes.”³⁹⁴

Aún cuando existe claridad sobre la etimología de la palabra eutanasia, en lo que respecta a su concepto, la visión de los autores no concuerda. Unos conceptúan a la eutanasia de manera amplia como la muerte dulce sin sufrir ni padecer, mientras otros con más restricción hacen énfasis en el motivo piadoso, el consentimiento o la situación sanitaria del sujeto pasivo; existe inclusive quienes, equivocadamente, consideran dentro de la eutanasia ciertos supuestos de la eugenesia.

Así, por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la eutanasia de una manera amplia como “Muerte sin sufrimiento físico”, pero también

³⁹³ NIETZCHE, Friedrich. *Así hablaba Zaratustra*. Editorial Reflexión. Pág. 63.

³⁹⁴ GASCÓN, Marina. *¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?* en Humanitas, Vol. 1, No. 1. 2003. Cita textual tomada de REY, Fernando. Ob. Cit. Pág. 2.

restringidamente como “Acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él.”³⁹⁵.

Luis Jiménez de Asúa, en cambio, conceptúa a la eutanasia en términos que la asocian con la eugenesia. El célebre penalista sostuvo que la eutanasia consiste en la muerte tranquila y sin dolor, con fines liberadores de padecimientos insoportables y sin remedios a petición del sujeto, así como aquella que tiene como objetivo la eliminación de seres desprovistos de valor vital con finalidad económica³⁹⁶. No obstante, resulta clarísima hoy la distinción entre los conceptos eugenesia y eutanasia, por lo cual, el concepto de Jiménez de Asúa es inaceptable. La eutanasia nunca podrá ser vinculada con intereses utilitarios de la colectividad, sino con la resolución personal de un problema en la que se opta por disponer de la propia vida antes que padecer.

También la Sagrada Congregación de la Doctrina de la Fe de 5 de marzo de 1980 ha propuesto una definición propia, concordante con la que Juan Pablo II utilizó en su encíclica *El Evangelio de la Vida*, al conceptualizar a la eutanasia como “*una acción u omisión que por su naturaleza y su intención, causan la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor.*”³⁹⁷.

Sea cual fuere el concepto elegido, la eutanasia siempre ha estado vinculada con la idea de la dulcificación del tránsito entre la vida a la muerte.

Un concepto apropiado de eutanasia es aquel que la vincula con la vida digna, exige el consentimiento del sujeto pasivo, prevé como requisito subjetivo su realización por compasión o motivación humanitaria, así como una situación sanitaria desfavorable para el afectado, que consiste en una enfermedad terminal o incurable que le ocasiona sufrimientos físicos o psíquicos insoportables³⁹⁸.

³⁹⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua Española*. Vigésimo segunda edición. Tomo V. Editorial Espasa. España. 2001. Pág. 685.

³⁹⁶ JIMÉNEZ, Luis. Ob. Cit. Pág. 339. Según Luis Jiménez de Asúa, la eutanasia “...es la buena muerte que otro produce a una persona que padece una enfermedad incurable o muy penosa y la que tiende a truncar la agonía demasiado cruel o prolongada. A esta finalidad fundamental puede añadirse un objetivo eugenésico y seleccionador, como el de las antiguas muertes de niños deformes y el de modernas prácticas propuestas para eliminar del mundo a los idiotas y locos irremisibles.”. Cfr. *Ibidem*. Pág. 338.

³⁹⁷ Cita textual tomada de BARCHA DE PUYANA, Evelyn. *Derecho a vivir y morir con dignidad*. Pontificia Universidad Javeriana. Tesis Doctoral. 1996.

³⁹⁸ NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 95; y, RAMELLA, Pablo. *Atentados a la vida*. Ediciones Paulinas. Buenos Aires, Argentina. 1980. Pág. 89.

La eutanasia debe ser considerada, por tanto, como todo tipo de acción u omisión que directa o indirectamente provoca la muerte de una persona, con su consentimiento, ejecutada con piedad para liberarla de graves e insoportables sufrimientos psíquicos o físicos producidos por una enfermedad terminal o incurable, lesiones o cualquier otro tipo de padecimiento que haya hecho que su vida adquiera un status de indignidad irreversible.

La muerte producida por la eutanasia supone la previa supervivencia de todas las funciones vitales, como bien anota Miguel Nuñez. “Las acciones *post mortem* ejecutadas cuando sólo persisten procesos residuales incompatibles con la noción de *vida*, no pueden incluirse en los tipos de lesiones ni de homicidio, ya que la eutanasia implica siempre la presencia de la vida en el paciente.”³⁹⁹.

“Por consiguiente, cuando el paciente sólo conserva algunas funciones vitales mantenidas – sin embargo – artificialmente mediante aparatos que permiten el control de la respiración y circulación sanguínea, el tratamiento debe suspenderse.”⁴⁰⁰.

En esos casos, según logro desprender de la línea argumentativa del autor, no existiría eutanasia.

Esta posición no es la única al respecto, pues existe un serio debate en la doctrina y jurisprudencia internacionales sobre la interrupción del tratamiento en el enfermo que todavía no está moribundo, y que podría durar meses e incluso años, como sucede con aquellas personas que han sufrido un coma profundo, en el cual la corteza cerebral ha paralizado la función vital del tronco cerebral y son mantenidos vivos con alimentación y respiración artificial. Hay quienes aceptan la interrupción del tratamiento, fundándose en un consentimiento presunto, pero también otros autores, por el contrario, rechazan esa posibilidad fervientemente⁴⁰¹.

El Código de Ética Médica ecuatoriano, ha tomado una posición al respecto. Sostiene esta norma que, una vez verificada la muerte cerebral según las normas internacionales vigentes, no se justifica la prolongación de la vida con el sostenimiento de las funciones

³⁹⁹ NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 111.

⁴⁰⁰ Ibídem. Págs. 111 – 112.

⁴⁰¹ Cfr. ROXIN, Claus. Ob. Cit. Págs. 18 – 25.

vitales residuales. Es más, dice la norma que cuando los indicadores clínicos e instrumentales revelen situaciones insalvables e incompatibles con la dignidad humana, queda sujeta al criterio del médico y de los familiares la suspensión de los tratamientos extraordinarios; y, en caso de controversia, a una junta médica constituida por tres especialistas afines al caso⁴⁰².

Por lo tanto, en el Ecuador, se aplica la posición de Miguel Núñez.

II. Clases de eutanasia⁴⁰³.

Así como el concepto de eutanasia es impreciso, su clasificación también lo es. Los autores no llegan a un acuerdo al considerar dentro del género eutanasia algunas clases como la eutanasia eugenésica, eutanasia económica, entre otras.

A continuación expongo lo que debe entenderse por eutanasia heterónoma, autónoma, genuina, voluntaria, no voluntaria, activa, pasiva, directa e indirecta - términos respecto los cuales no existe discusión al considerarlos como tipos de eutanasia -, e inclusive algunas clases de eutanasia que la doctrina excluye de la clasificación.

2.1. *Eutanasia autónoma y heterónoma.*

Luis Fernando Niño⁴⁰⁴ considera que existe eutanasia autónoma y otra heterónoma, refiriéndose a los tipos de eutanasia que otros autores denominan suicida y homicida, respectivamente⁴⁰⁵.

⁴⁰² Cfr. Código de Ética Médica ecuatoriano. Arts. 90 – 92. Esta norma, como tantas veces vengo anunciando, a mi parecer tiene una validez cuestionable, pues el Código de la Salud, en base al cual se la dictó, ha sido derogado por la Ley Orgánica de Salud.

⁴⁰³ Adopto aquí la clasificación que tiene mayor aceptación en la doctrina, para ello me baso principalmente en las siguientes obras: JUANATEY, Carmen. *El derecho y la muerte voluntaria*; NÚÑEZ, Miguel. *La buena muerte*; ABANTO, Jaime. *La eutanasia: Estado de la cuestión en el Perú*. En: Revista de Derecho Comparado No. 12: Eutanasia. Dirigido por Julio Cesar Rivera. Primera edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina. 2006. Pág. 65-66; y, ROXIN, Claus. Ob. Cit. Págs. 3 - 37. No obstante, aclaro que sí existen distintas clasificaciones bajo una serie de criterios como la que ofrece Jiménez de Asúa. Cfr. JIMÉNEZ, Luis. Ob. Cit. Págs. 339-341.

⁴⁰⁴ NIÑO, Luis. Ob. Cit. Pág. 82.

La eutanasia autónoma es aquella preparada y provocada por el propio titular del derecho a la vida, sin intervención de terceros.

La eutanasia heterónoma es la que proviene de la preparación e intervención de terceros distintos al titular del derecho a la vida.

Concurre con esta clasificación el debate sobre la posibilidad de que la eutanasia sea realizada por el propio titular del derecho a la vida, que en esta tesis ha sido aceptada; y, junto con ese problema, se plantea la incertidumbre sobre si el suicidio puede ser considerado como una especie de eutanasia, o viceversa.

La doctrina no encuentra consenso respecto a la relación entre suicidio y eutanasia, pues mientras algunos autores consideran que la eutanasia es una especie de suicidio⁴⁰⁶, otros, por el contrario piensan que ella es el género y el suicidio su especie⁴⁰⁷.

Creo personalmente, que la primera posición es la correcta siempre y cuando se admita la existencia del suicidio indirecto⁴⁰⁸, producido por la solicitud del suicida para que un tercero le cause la muerte.

Si se acepta esa clasificación, la primera opción sería adecuada pues el suicidio sería un concepto más amplio que la eutanasia, ya que mientras la eutanasia comprende un grupo restringido de casos de disposición de la vida: aquellos producidos con fines altruistas, en las personas que sufren una enfermedad terminal o incurable, lesiones o cualquier otro tipo de padecimiento que haya hecho que su vida les sea indigna; el suicidio, comprendería, por el contrario, todos los casos en los cuales la persona dispone de su vida con fines de autoeliminación, sea a través de sí misma o por medio de un tercero, sea que sufra una enfermedad incurable o que se encuentre en otra condición.

⁴⁰⁵ BASSO, Domingo. *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*. Cuarta edición. Lexis Nexis Argentina S.A. Buenos Aires – Argentina. 2005. Pág. 345.

⁴⁰⁶ NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 97. Según ese autor, éste sería el pensamiento de Quintano Ripollés; no obstante, no cita la obra de la cual lo extrae.

⁴⁰⁷ BASSO, Domingo. Ob. Cit. Pág. 346.

⁴⁰⁸ *Ibíd.* *Ídem*.

Si no se acepta esa clasificación, esos conceptos no tendrían relación alguna, su relación se reduciría a ser casos de disposición de la propia vida, pues no cabría entonces enmarcar en el suicidio el concepto de la eutanasia activa, por ejemplo; ni tampoco que se enmarque en la eutanasia un concepto mucho más amplio que ella: el suicidio.

En todo caso, la distinción entre eutanasia heterónoma y autónoma no influye de mayor manera en este trabajo, pues como afirma Niño⁴⁰⁹, la eutanasia autónoma es ajena a todo tratamiento jurídico-penal racional.

2.2. Eutanasia voluntaria y no voluntaria.

Según la doctrina, existe eutanasia voluntaria cuando el titular del derecho a la vida solicita o consiente su propia muerte⁴¹⁰, cabe decir, personalmente.

La eutanasia no voluntaria, por otro lado, es aquella que se da "...cuando la persona se encuentra incapacitada para poder emitir su consentimiento, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando se trate de menores de edad o deficientes mentales, personas en estado de coma tras un accidente, etc."⁴¹¹.

En ambas clases de eutanasia media el consentimiento para obtener la muerte; mientras en la primera es el propio interesado el que lo otorga, en la eutanasia no voluntaria son sus familiares quienes, representándolo, dan su consentimiento por él.

A partir de esta distinción entre voluntaria y no voluntaria, la eutanasia se clasifica en eutanasia voluntaria activa o pasiva, y cada una de estas en directa o indirecta. Del mismo modo, existe una eutanasia no voluntaria activa y una pasiva, y en cada una de éstas una directa y una indirecta.

⁴⁰⁹ NIÑO, Luis. Ob. Cit. Pág. 82.

⁴¹⁰ JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 130.

⁴¹¹ *Ibidem*. *Ídem*.

Por lo tanto, en este trabajo sólo acepto la eutanasia no voluntaria en los casos referidos.

2.3. Eutanasia activa.

Consiste en aquella eutanasia llevada a cabo mediante la realización de conductas activas o positivas, que producen la muerte de una persona o le ayudan a morir, siempre y cuando el titular del derecho a la vida consienta con ese hecho.

Según la doctrina, el consentimiento en este tipo de eutanasia, puede expresarse directamente por el enfermo que desea morir, por sus familiares - cuando éste se encuentre en estado de inconsciencia- , o a través de un documento que se designa con el nombre de testamento vital y que consiste en la autorización de que se elimine la vida preservando los derechos a la libertad personal y la dignidad⁴¹².

La eutanasia activa puede ser directa o indirecta.

2.3.1. Directa.

Es el acortamiento de la vida mediante actos positivos ejecutados con la intención de ayudar a morir.

2.3.2. Indirecta.

A diferencia de la eutanasia directa, en la indirecta existen actos ejecutados con la intención de mitigar o eliminar el sufrimiento del sujeto pasivo, que tienen como efecto secundario el acortamiento de la vida.

⁴¹² “El llamado testamento vital, puede considerarse una declaración de voluntad en la cual una persona dispone cómo quiere que se opere con ella en caso de encontrarse dentro de una situación que expresa relacionada con un proceso eutanásico.”. Cfr. NUÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 151. Cito aquí la opinión de la doctrina, no obstante anteriormente ya he indicado mi posición respecto de la posibilidad de que los familiares presten su consentimiento en la eutanasia.

Esta forma de eutanasia es la única que ha sido aprobada por la Iglesia católica, por lo que, mientras haya sido llevada a cabo según la *lex artis*⁴¹³, no ofrece ningún reparo moral ni médico. En lo que tiene que ver con lo jurídico, en general⁴¹⁴, se asegura que la conducta que trata de paliar los sufrimientos de su paciente es atípica, pues no entraría dentro del supuesto del homicidio, ya que su intencionalidad no consiste en dar muerte sino en evitar los dolores del paciente; no obstante, existen posiciones que defienden su punibilidad por la existencia de un dolo eventual, un homicidio culposo, entre otras.

2.4. Eutanasia pasiva.

Consiste en dejar morir intencionadamente a una persona, omitiendo o interrumpiendo la práctica de cuidados o tratamientos necesarios y razonables para la prolongación de una vida humana irremediablemente deteriorada por una enfermedad incurable y terminal, siempre y cuando el titular del derecho a la vida consienta con ese hecho.

La eutanasia pasiva se relaciona con la palabra ortotanasia⁴¹⁵, ya que ella comprende los casos en los que la muerte se consigue sin adelantar el fallecimiento, sino mediante el debilitamiento progresivo de todas y cada una de las funciones vitales, cuando se considera irracional y desproporcionada la prolongación de la vida.

El consentimiento en la eutanasia pasiva, según la doctrina⁴¹⁶, puede provenir de los familiares del que padece, por representación, como cuando se trata de un menor de edad o un incapaz; de la manifestación expresa y actual de la propia persona, en el momento en que le sobrevenga el padecimiento que hace indigna su vida; de un testamento vital (*living will*) en el cual con anterioridad a sus padecimientos exprese su

⁴¹³ Esto por cuanto, apoyados en las teorías de la imputación objetiva de Jackobs, el suministro de analgésicos requeridos por la *lex artis* no constituye la asunción de un riesgo no permitido.

⁴¹⁴ Esto pues también hay posiciones que sostienen la existencia de un estado de necesidad, o la inexistencia de infracción del deber de cuidado, por lo que no podría catalogarse como un delito culposo, así como otras razones por las que este tipo de eutanasia no puede ser punible.

⁴¹⁵ La ortotanasia consiste en dejar de aplicar medios de prolongación artificial de la vida, cuando se ha dado la muerte cerebral y el humano pasa al estado vegetativo. Cfr. DIAZ, Enrique. *Relatoría*. En: CANO, Fernando. DIAZ, Enrique. MALDONADO, Eugenia (Coord.). *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. - México. 2005. Pág. 90. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=172>. Acceso: 1 de mayo del 2010.

⁴¹⁶ FARFÁN, Francisco. Ob. Cit. Pág. 39.

consentimiento, rechazando tratamientos vitales que puedan prolongar su vida; o, de una autorización judicial⁴¹⁷.

La conducta por la cual se lleva a la muerte con la eutanasia pasiva puede consistir bien en la no iniciación de un tratamiento vital (omisión), o en la suspensión de uno ya iniciado (interrupción).

Un hecho amplia y extensamente discutido en la doctrina, es si debe catalogarse a una supresión de un tratamiento como una eutanasia pasiva o por el contrario como una activa, puesto que dicha conducta está conectada con un hacer positivo. El supuesto clásico es aquel en el que, por el consentimiento del paciente, se le desconecta de un respirador artificial, pues la desconexión de ese aparato es un hacer positivo.

Claus Roxin sostiene, al igual que la posición dominante en la doctrina⁴¹⁸, que dicha conducta no es una eutanasia activa porque dicho suceso se muestra como la interrupción de un tratamiento y, por tanto, como la omisión de una actividad adicional⁴¹⁹. Para distinguir entre una eutanasia activa y una pasiva, según él, no debe acudirse a un criterio naturalístico según el cual se califica una acción o una omisión, de acuerdo a la existencia o no de movimientos corporales. Por el contrario, una omisión existe "...si normativamente es interpretable como un cese de tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico..."⁴²⁰.

El cese del tratamiento es una omisión, según este modo de ver las cosas, "...pues consiste precisamente en omitir las medidas instrumentales antes implantadas..."⁴²¹.

⁴¹⁷ La autorización judicial, en estos casos, se limita a reconocer que existió en el paciente la voluntad de morir. Especialmente en los casos en los que se prueba con testigos que esa hubiera sido la voluntad del paciente, en caso de encontrarse consiente en el momento en el cual le aqueja el padecimiento que hace su vida indigna.

⁴¹⁸ NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 106.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 14 – 15. Los autores utilizan la palabra omisión en esta parte para evocar un hacer negativo contrario a un hacer positivo, no para significar que existe una omisión en el sentido que se dio anteriormente, como una de las formas en las que, al igual que con la interrupción del tratamiento vital, se puede llevar a cabo la eutanasia pasiva.

⁴²⁰ *Ibidem.* *Ídem.*

⁴²¹ NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 106.

La eutanasia pasiva, al igual que la activa, también puede ser directa o indirecta, según la intencionalidad del autor; es decir, según haya sido causada con la intención de producir la muerte o con el fin de mitigar el dolor que padece el enfermo, respectivamente; y, además voluntaria o no voluntaria, conforme expliqué.

La admisión de la eutanasia pasiva no voluntaria como una especie del género eutanasia tiene cabida exclusivamente en los países donde la aceptación o rechazo de un tratamiento médico puede provenir tanto del paciente como de sus familiares, en subsidio de éste.

Nuestro país sí acepta esa posibilidad, pero sólo en ciertos casos.

Habida cuenta de esta precisión, en el Ecuador sólo se puede aceptar la existencia de la eutanasia pasiva no voluntaria, pero de manera restringida, únicamente cuando se deba al rechazo de intervenciones quirúrgicas, procedimientos terapéuticos que a juicio del médico signifiquen riesgo, técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos médicos probados, o de transfusiones sanguíneas, por parte de quienes legalmente están facultados para ello. Esto se debe a que, conforme ya se indicó en líneas anteriores, la Ley Orgánica de Salud y el Código de Ética Médica sólo facultan que se supla el consentimiento del paciente en esos casos.

Fuera de esos supuestos, si no existe el rechazo del tratamiento vital por parte del paciente que se encuentra en estado de emergencia, ni el centro de salud ni el médico pueden negarse a brindarle atención médica, pues eso les acarrearía responsabilidad civil y penal según la Ley de Derechos y Amparo al Paciente⁴²².

Ahora, cuando los indicadores clínicos demuestren una situación insalvable y contraria a la dignidad humana, el Código de Ética Médica faculta a los familiares a interrumpir o suspender un tratamiento médico. No obstante, en el caso de que los familiares obren según dicha regulación, como ya expondré, no se estaría frente a una eutanasia, sino frente a un caso en el cual el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha hecho cesar el deber del médico de prestar sus servicios.

⁴²² Cfr. Arts. 12 y 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente.

De esta manera, en los supuestos posibles de eutanasia pasiva no voluntaria en el territorio ecuatoriano, antes anotados (por el rechazo de intervenciones quirúrgicas, procedimientos terapéuticos riesgosos o novedosos, o transfusiones sanguíneas), cabe dilucidar sobre la responsabilidad penal del médico. En los demás no, ya que si los familiares del paciente consienten en la muerte de su afín, cuando su situación no se presenta como insalvable o contraria a la dignidad humana, al no estar legalmente facultados, serían culpables del delito de homicidio. Y cuando la situación del paciente se presente con esas cualidades, no existiría eutanasia.

2.5. Eutanasia pura o genuina.

Consiste en la praxis médica que ayuda a morir sin producir el acortamiento de la vida, sino mitigando o ayudando al enfermo a hacer soportable su dolor con la utilización de fármacos paliativos.

La eutanasia genuina consiste en un mejor morir, no en un acortamiento de la vida.

2.6. Algunos tipos de eutanasia excluidos de la clasificación.

Existen términos creados en la contemporaneidad, que han sido relacionados indebidamente con la eutanasia, y es más, se ha pretendido vincularlos a ella como subtipos. Así, por ejemplo, se han acuñado conceptos como eutanasia involuntaria, eutanasia eugenésica, eutanasia económica y eutanasia precoz⁴²³.

La eutanasia involuntaria consiste en lograr la muerte de una persona en contra de su voluntad, sin su anuencia, y en ese sentido es extraña a la noción de la eutanasia, ya que ésta no puede ser vista sin una referencia a la solución de un conflicto personal

⁴²³ Dejo de lado otros supuestos tipos de eutanasia como la penal, la experimental, la profiláctica y la solidaria, ya que además de ser muy poco referidas en la doctrina, contra ellas se puede argumentar lo mismo que se sostiene contra la eutanasia eugenésica y la económica, pues forman parte de la llamada eutanasia colectivista, dirigida al logro de la utilidad público-colectiva, no consentida y a gran escala. Cfr. MANTOVANI, Ferrado. Ob. Cit. Pág. 83-84.

individual, que pone al interesado a elegir entre seguir viviendo con dolores insoportables o tener una vida sumida en dolores y sufrimientos que la hagan indigna de un ser de la especie humana. No existe una eutanasia llevada a cabo en contra de la voluntad del sujeto.

La llamada eutanasia involuntaria, es un eufemismo que encubre un homicidio injustificado.

La eutanasia está indisolublemente unida a la idea de la vida digna y el libre desarrollo de la personalidad, por lo que implica necesariamente el consentimiento del interesado (eutanasia voluntaria) o de quienes legalmente estén facultados a ello (eutanasia no voluntaria). En este último supuesto, por una ficción, en las legislaciones que aceptan esta posibilidad, existe consentimiento.

Enrique Díaz Aranda, refiriéndose a los casos en los que un tercero causa por piedad la muerte de una persona sin tomar en consideración su opinión, ha dicho:

“Conceptos como felicidad, dignidad, dolor o sufrimiento son relativos y, por ello, sólo el titular de la vida puede decidir si su vida vale o no la pena. De ahí que si dijéramos que un tercero o el Estado puede valorar lícitamente sobre nuestra propia existencia al grado de decidir si debemos o no continuar con nuestra vida, entonces estaríamos abriendo las puertas para la comisión impune del delito contra la humanidad denominado genocidio, cuya práctica durante el régimen nacional-socialista nazi es por todos conocida y rechazada.”⁴²⁴.

“Por lo anterior, insisto, al hablar de eutanasia debemos desechar cualquier supuesto en el que no se cuente con la opinión, consentimiento y solicitud del sujeto que va a morir.”⁴²⁵.

La eutanasia eugenésica, por su parte, también es extraña a la noción de eutanasia, ya que en ella el sacrificio de vidas humanas está vinculado con fines utilitarios de

⁴²⁴ DIAZ, Enrique. *Relatoría*. Ob. Cit. Pág. 88 – 89.

⁴²⁵ *Ibidem*. *Ídem*. Con argumentos semejantes se podría descartar la existencia de una eutanasia no voluntaria, y el autor parece que expresa sus palabras en ese sentido.

“mejoramiento de la raza”, condicionantes políticos o económicos. Sus fines son ajenos al móvil humanitario propio de ésta. Además, en ese concepto no se requiere el consentimiento del sujeto pasivo, requisito indispensable, como indiqué, en la buena muerte⁴²⁶.

Lo mismo puede decirse de la eutanasia económica, en la cual el móvil que determina la producción de la muerte es la liberación de la grave carga económica que los enfermos crónicos e incurables suponen para su familia y la sociedad.

Como afirma el profesor Ricardo Vaca:

“Estas dos clases de eutanasia (...) no pueden incluirse en el campo de la eutanasia porque constituyen una expresión de barbarie que parte de una inhumana selección basada en un intolerable racismo, o en la eliminación despiadada de las llamadas ‘bocas inútiles’ en sociedades que han dejado de lado los más elementales sentimientos de convivencia civilizada entre seres humanos semejantes, más allá de que creamos o no que todos somos hijos de un mismo Dios creador.”⁴²⁷.

La llamada eutanasia precoz, es decir, dejar morir a los recién nacidos con graves malformaciones, ha sido considerada como una clasificación impropia de la buena muerte, pues no se trataría de una eutanasia en sentido estricto, “... ya que no se trata de ayuda a morir en el sufrimiento, aliviando la agonía, sino que más bien iría dirigida a la eliminación de niños recién nacidos que son o pueden ser viables pero que presentan determinadas malformaciones físicas o deficiencias psíquicas.”⁴²⁸. Con prácticas como éstas, han sostenido los detractores de este tipo de eutanasia, nos acercamos “...a las prácticas eugenésicas de eliminación de seres desprovistos de valor vital, de tan infausto recuerdo.”⁴²⁹.

⁴²⁶ Cfr. CUELLO, Eugenio. Ob. Cit. Tomo II, volumen II. Pág. 499.

⁴²⁷ VACA, Ricardo. *El derecho a morir*. En: VACA, R. SCHAEFER, G. GARCÍA, A. DOMINGUEZ, F. PESÁNTEZ, W. Et. Al. *Eutanasia: aspectos éticos – médicos y jurídicos. La bioética y los conflictos en los confines de la vida*. Primera edición. Centro de Publicaciones de la PUCE. Quito – Ecuador. 2009. Pág. 5.

⁴²⁸ NÚÑEZ, Miguel. Ob. Cit. Pág. 120.

⁴²⁹ *Ibidem*. *Ídem*.

III. La legitimidad de distintos casos de eutanasia pasiva.

Existen varias hipótesis concretas en las que se puede presentar el consentimiento en la eutanasia pasiva. Dichas hipótesis se encuentran comprendidas en tres situaciones distintas: cuando el paciente ha sido previamente competente y ha manifestado su voluntad; cuando el paciente ha sido previamente competente, pero no ha manifestado su voluntad de morir; y, cuando el paciente nunca ha sido competente⁴³⁰.

En la primera situación, el consentimiento puede provenir: de la declaración producida en el momento en que sobreviene la enfermedad incurable, la lesión o el padecimiento que hace surgir en la persona el deseo de morir; de una declaración otorgada con mucho tiempo de antelación al momento en el cual se sufre el padecimiento, mediante el testamento vital; y, de la existencia de hechos suscitados en el pasado y que permitan desprender que esa era la voluntad del titular del derecho a la vida, en caso de que le sobrevenga aquel padecimiento.

¿La decisión de abreviar la propia vida en esta primera situación, es legítima? ¿Se encuentra amparada por los derechos humanos? Definitivamente sí. Una de las manifestaciones directas de la dignidad humana es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, constitucionalmente amparado, en virtud del cual asiste a toda persona la facultad de negarse a recibir un tratamiento vital, y bajo ese supuesto, el derecho a disponer de la vida propia.

Puede considerarse a esta opción como inmoral, injusta o cobarde, pero en todo caso es legítimo para el ser humano decidir sobre todos los aspectos de su vida, por la cualidad autónoma de su personalidad, y si negándose a recibir un tratamiento vital le sobreviene la muerte querida, puesto que la muerte es parte de la vida, y por tanto integrante de los múltiples aspectos que se refieren a ella, la eutanasia pasiva se basa en una decisión legítima.

⁴³⁰ VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*. Ob. Cit. Pág. 181 – 198. La autora utiliza estos criterios para clasificar la opinión de la jurisprudencia estadounidense al respecto.

En la segunda y tercera situación, es decir, cuando el paciente era previamente competente y nunca manifestó su voluntad de morir en caso de que le sobrevenga un padecimiento que haga su vida indigna; y, cuando el paciente nunca fue competente, el consentimiento tiene otra procedencia.

En estos supuestos, en la jurisprudencia extranjera, el consentimiento se ha hecho provenir de los familiares del titular del derecho a la vida, aplicado una ficción por la cual, cuando no existe prueba suficiente de la voluntad de morir del que padece, se acude al juicio substituido de los más cercanos sobre cuál hubiese sido la decisión del paciente de encontrarse consciente. Este es el denominado *substituted judgement* (juicio substituido). No obstante, en la actualidad, la legitimidad de esa institución ha sido cuestionada y se la rechaza⁴³¹.

En el Ecuador, aún cuando no existe esa institución, el consentimiento para disponer de la vida mediante el rechazo de un tratamiento médico, puede provenir de terceros legalmente facultados para otorgarlo, en subsidio del paciente incapaz. No obstante, según nuestra legislación, como ya indiqué en otro capítulo⁴³², dicho consentimiento se puede referir exclusivamente al rechazo de intervenciones quirúrgicas, procedimientos terapéuticos que a juicio del médico signifiquen riesgo, técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos médicos probados, o transfusiones sanguíneas.

Cuando la buena muerte proviene de la omisión o interrupción de uno de esos tratamientos médicos, la legitimidad de la decisión de morir estaría amparada también en la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como manifestación directa de ésta, pues los representantes legales de una persona ejercen sus derechos por él.

Fuera de esos casos, mientras el cuadro clínico del paciente no revele una situación insalvable o incompatible con la dignidad humana, considero que existe el deber del médico de proveer sus servicios y conservar la vida del paciente incapaz; y, ninguna decisión de disponer la vida, en esos supuestos, puede considerarse legítima.

⁴³¹ *Ibidem*. Pág. 191.

⁴³² *Vid supra* capítulo V, título IV.

Esto se debe a que el Código de Ética Médica ecuatoriano sólo deja abierta la posibilidad de que con la autorización de los médicos, los familiares, y excepcionalmente una Junta médica conformada por tres especialistas, se suspenda el tratamiento vital, en esos casos.

Al respecto dice el Art. 92 de esa norma, que cuando los indicadores clínicos e instrumentales revelen situaciones insalvables o incompatibles con la dignidad de la persona humana, queda al criterio del médico y de los familiares suspender los procedimientos extraordinarios; y, en caso de controversia, se recurrirá al criterio de una junta médica constituida por tres especialistas afines al caso.

Dicha disposición no faculta a esas personas a otorgar su consentimiento basándose en un *substituted judgement* o en una representación legal. Por el contrario, considero que pone un límite al deber del médico de proveer un servicio de salud y de proteger la vida, cuando el cuadro clínico del paciente revele una situación insalvable o incompatible con la dignidad, y según el criterio del galeno, el de los familiares del titular del derecho a la vida o el de la junta médica, los procedimientos médicos sean extraordinarios.

Si el artículo en estudio otorgara esa facultad (el *substituted judgement*), la voluntad de los familiares no podría ser inobservada por la decisión contraria de la junta médica; y, es más, la ley acudiría al criterio de estas personas para que digan cuál hubiese sido la voluntad del paciente si hubiese sido capaz, no a su criterio personal sobre el carácter extraordinario o no del tratamiento.

Por lo tanto, cuando la muerte se debe a la omisión o interrupción de un tratamiento médico, optada de conformidad con el Art. 92 del Código de Ética Médica, no existe una voluntad de morir, y consiguientemente, no se puede dilucidar si dicha voluntad es legítima o no.

En ese contexto, las muertes producidas mediante el ejercicio de esta norma, no revisten la forma de la eutanasia, pues no cubren con todos los requisitos de ese concepto.

Dejando a lado ese punto, la disposición del Art. 92 del Código de Ética Médica puede suscitar un problema: puede suceder, que al existir controversia entre el médico y los familiares, una junta médica haya resuelto no interrumpir un tratamiento vital, y que por tal motivo, una persona (sea familiar o cualquier otra⁴³³) haya propuesto una acción de protección a fin de que se salvaguarde la integridad personal⁴³⁴ o la dignidad humana. En tal evento, cuando el juez decida que el médico debe suspender el tratamiento vital, no existirá eutanasia, pues faltará el consentimiento necesario para que una conducta se encuentre comprendida en ese concepto. Habrá entonces una decisión judicial que manda al médico a actuar de esa forma.

Entonces, conforme todos los razonamientos expuestos previamente, se encuentran excluidas del estudio realizado en esta tesis las dos hipótesis antes referidas y aquellas en las cuales la causa la muerte de un paciente que era previamente competente y nunca manifestó su voluntad de morir en caso de que le sobrevenga un padecimiento que haga su vida indigna, o del que nunca fue competente, no sea el consentimiento de su representante o de sus familiares, en los casos permitidos por la Ley Orgánica de la Salud y el Código de Ética Médica.

En el Ecuador, esos eventos no pueden catalogarse como eutanasias pasivas.

3.1. Legitimidad de la eutanasia pasiva en los niños.

La eutanasia pasiva en los niños, niñas y adolescentes puede presentarse también en las tres situaciones mencionadas en el apartado anterior.

⁴³³ Esto por cuanto el Art. 86 numeral 1 de la Constitución dice que cualquier persona podrá proponer alguna acción constitucional. Estoy consciente que el Art. 9 literal a de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, limita esta posibilidad, pero dicha ley es inconstitucional pues la Constitución ha previsto que las acciones constitucionales son acciones populares.

⁴³⁴ Pues el Art. 66 numeral 3 literal c dice que este derecho comprende la prohibición de que se someta a las personas a tratos degradantes o inhumanos, y un tratamiento médico puede tener esas características cuando es innecesario.

En la primera situación, es decir, cuando el consentimiento proviene de la declaración producida en el momento en que sobreviene la enfermedad incurable, la lesión o el padecimiento que hace surgir en la persona el deseo de morir; de una declaración otorgada con mucho tiempo de antelación al momento en el cual se sufre el padecimiento, mediante el testamento vital; o, de la existencia de hechos suscitados en el pasado y que permitan desprender que esa era la voluntad del titular del derecho a la vida, en caso de que le sobrevenga aquel padecimiento, la voluntad de morir es legítima en ciertas ocasiones y en otras no.

Esto se debe a que, como ya quedó manifestado, la decisión de rechazar un tratamiento vital de un niño, niña o adolescente, amparada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, depende de su madurez y su edad. De esos dos parámetros dependerá que la decisión sea tomada en cuenta o no, pues a ellos se encuentra vinculado el ejercicio de los derechos en los niños, niñas y adolescentes.

¿Cuando la decisión del niño, niña o adolescente no es vinculante, por no tener el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la decisión de los padres de no someter a su hijo a un tratamiento vital puede entenderse como una forma de consentimiento?

El Art. 28 del Código Civil dice que el padre o la madre del hijo que vive bajo su patria potestad, son sus representantes legales. Es decir, que cuando decidan suspender o interrumpir un tratamiento vital, actuarán en nombre de su hijo, y por lo tanto se puede considerar que entregan su consentimiento por él, por una ficción legal.

En este sentido, la decisión de morir optada por los padres es legítima, pues obedece al ejercicio de la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y específicamente al derecho a negarse a recibir un tratamiento vital, como libertad protegida por estos dos principios.

En la segunda situación, es decir, cuando el niño, niña o adolescente era previamente competente y nunca manifestó su voluntad de morir en caso de que le sobrevenga un padecimiento que haga su vida indigna, sus padres, como sus representantes legales,

decidirán sobre su destino. En ese caso, además, la decisión será legítima, pues se basará en el ejercicio de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como ya expliqué.

En la tercera situación: cuando el paciente nunca fue competente, es decir, cuando se trata de un recién nacido, o de un niño con retraso mental u otro padecimiento como el síndrome de down, sus padres serán quienes decidan sobre el rechazo o la aceptación de un tratamiento vital.

En todos los casos señalados, cuando se presenta el supuesto previsto por el Código de Ética Médica ecuatoriano, es decir una situación insalvable o incompatible con la dignidad, el consentimiento de los padres ya no es vinculante. En este evento, se acudirá al criterio del médico tratante y de los familiares, y en caso de controversia al de la junta médica. No existirá entonces eutanasia, tal y como se indicó anteriormente, por la falta de uno de los requisitos de este concepto. Se tratará entonces de un cese del deber del médico de proveer sus servicios y proteger la vida.

Por otro lado, como todos los miembros de la sociedad somos corresponsables de la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cualquier persona (médico, familiar o cualquier otra persona) puede incoar una medida de protección o una acción de protección ante el órgano judicial o administrativo competente, a fin de suspender o interrumpir un tratamiento vital. En ese caso, cuando la autoridad competente acepte esa solicitud, no existirá eutanasia. En ese caso, existirá una autorización judicial o administrativa que realiza una ponderación de derechos y da primacía a uno de ellos, a fin de que tenga vigencia, y ordena determinada actividad del médico. No se trata de consentimiento, y por lo tanto, no es un tipo de eutanasia.

IV. La tipicidad de la eutanasia pasiva en el Código Penal ecuatoriano.

Para analizar la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, como se propone este trabajo, previamente se debe determinar la norma penal respecto la cual se

hará ese análisis. Se trata de encuadrar la conducta de la eutanasia pasiva o bien en el homicidio simple y el asesinato, o por el contrario en la ayuda al suicidio. Esto se debe a que en nuestra legislación penal no se encuentra tipificado el homicidio consentido o el homicidio piadoso como en otras partes del mundo.

Con este fin, analizaré primero la posibilidad de que la eutanasia pasiva sea considerada como un delito de auxilio o ayuda al suicidio, para luego hacer lo mismo respecto del delito de homicidio y del de asesinato, pues como es evidente la eutanasia vulnera el derecho a la vida, y los delitos que protegen la vida en nuestro sistema jurídico son tres: los dos antes señalados y el aborto. Por razones obvias el aborto no será examinado.

4.1. La eutanasia pasiva y la ayuda o instigación al suicidio.

Según Carlos Tozzini, el suicidio consiste en "... el acto mediante el cual un hombre se quita la vida voluntariamente, esto es, a sabiendas que se ha de matar"⁴³⁵, pero con "una voluntariedad preñada de exclusivos deseos de autoeliminación"⁴³⁶, pues como él explica, si el concepto se limitare exclusivamente al matarse uno mismo de manera voluntaria, se consideraría como suicida al héroe, que evidentemente está movido por motivaciones distintas, así como también al alucinado que va en pos de un fantasma que lo llama fuera de la ventana y muere acudiendo a él.

Esta es la definición de suicidio adecuada con nuestro ordenamiento jurídico, pues en él, a diferencia de los de otros países, no se contempla la posibilidad de que el suicidio sea cometido por un tercero, es decir que el auxilio al suicidio comprenda el llamado auxilio ejecutivo u homicidio-suicidio.

Según la definición de Tozzini, definitivamente la eutanasia se encuentra comprendida dentro del concepto de suicidio, pero no en todos los supuestos, ya que en ciertos casos

⁴³⁵ TOZZINI, Carlos. *El suicidio*. Editorial Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1969. Pág. 6.

⁴³⁶ *Ibíd.* Pág. 7.

la eutanasia se comete por una acción de un tercero⁴³⁷. En síntesis, si se sigue la línea de Tozzini, se puede decir que no toda acción de eutanasia constituye suicidio.

El suicidio, como en la mayoría de legislaciones, no es punible en el Ecuador. No obstante, la ayuda y la instigación al suicidio sí lo son, pues el Art. 454 del Código Penal castiga la conducta del que presta auxilio o instiga a otro a que se suicide, sea que el suicidio se consume o tan sólo constituya una tentativa.

La subsunción de la eutanasia pasiva en el tipo penal de la ayuda o instigación al suicidio, depende de la extensión y el contenido que se dé a la conducta punible que ese delito describe. Es decir, si se entiende que el Art. 454 del Código Penal comprende la omisión o interrupción del tratamiento vital, la eutanasia pasiva podrá ser sancionada conforme esta prescripción normativa.

Todo ese análisis, por tanto, gira en torno a una pregunta: ¿qué debe entenderse por instigación y ayuda al suicidio?

La resolución de éste problema no es sencilla, pues el ejercicio de la subsunción de la eutanasia pasiva en este delito requiere superar la costumbre de encontrar descritos en los tipos penales supuestos de autoría, ya que el Art. 454 del Código Penal sanciona, por el contrario, formas imperfectas de ejecución de un delito, lo cual requiere un ejercicio de abstracción, como veremos.

4.1.1. La ayuda o auxilio al suicidio y la eutanasia pasiva.

La ayuda o auxilio al suicidio consiste en "...prestar medios (armas, veneno, etc.) o cualquier otro género de cooperación positiva y directa (auxilio intelectual, indicaciones acerca del modo de ejecutar el suicidio, de servirse de armas, etc.)."⁴³⁸, no en que un tercero ajeno al sujeto pasivo ejecute por sí mismo el acto que da muerte.

⁴³⁷ Esto estará conectado con el hecho de si se acepta o no la existencia de un suicidio indirecto, como expliqué al tratar sobre la eutanasia heterónoma.

⁴³⁸ CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Décimo cuarta edición. Tomo II. Volumen II. Editorial Bosch. Barcelona – España. 1980. Pág. 494.

La ayuda puede ser material o intelectual; material cuando consiste en actos como prestar elementos, indicar el modo como debe suicidarse, entregar el arma o el veneno; e, intelectual, cuando son consejos, palabras de aliento⁴³⁹. También puede presentarse antes del suicidio o al momento de este.

El auxilio debe coexistir con la voluntad suicida del sujeto pasivo, y, según Etcheberry⁴⁴⁰, aún cuando la Ley no lo haya previsto, el auxilio debe ser eficaz, es decir, no sólo en el propósito de quien la presta y el del suicida debe servir para la muerte, sino que también debe tener virtud de provocar o favorecer la muerte objetivamente. En ese sentido, la ayuda también debe ser dolosa, por lo que el sujeto activo deberá conocer tanto la naturaleza del acto de auxilio como el fin al que está destinado.

Ahora, la eutanasia pasiva comprende dos conductas: la interrupción y la omisión de un tratamiento vital, cuando exista en el interesado la voluntad de abreviar su vida. Por interrupción se entiende la suspensión de un tratamiento que se ha venido recibiendo, y por tanto, la desconexión de los respiradores artificiales, la suspensión de alimentación por sonda, etc. Por omisión, la no prestación de un tratamiento vital⁴⁴¹.

¿Puede considerarse a la interrupción de un tratamiento vital como ayuda o auxilio al suicidio?

Para responder la interrogante planteada consideremos tres cosas:

En la eutanasia pasiva producida por una conducta de interrupción, el tratamiento vital tan sólo sostiene la vida, pues evita una muerte que definitivamente sobrevendrá, prolongando la existencia. Las funciones vitales sin él, poco a poco vendrán decayendo hasta que se produzca la muerte.

⁴³⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 62.

⁴⁴⁰ *Ibidem*. *Ídem*.

⁴⁴¹ NUÑEZ, Miguel. *La buena muerte*. Ob. Cit. Págs. 105 – 106.

De esta manera, la interrupción del tratamiento médico es eficaz tanto objetiva como subjetivamente para propiciar la muerte. Objetivamente, ya que puede producirla en la realidad, y subjetivamente, por cuanto en la mente del galeno tiene eficacia respecto a ese propósito.

La interrupción de un tratamiento vital está comprendida dentro del tipo de ayuda material, pues consiste en actos positivos como la desconexión de un respirador, etc⁴⁴².

Por lo tanto, a primera vista, la interrupción de un tratamiento vital calza en la descripción del concepto ayuda al suicidio, previamente expuesta. No obstante, para determinar si esta forma de eutanasia pasiva encuadra en la conducta del tipo penal de auxilio al suicidio, es necesario hacer un análisis más profundo, utilizando las fórmulas propuestas en la doctrina para dilucidar si una conducta se encuentra comprendida en la conducta de auxilio al suicidio.

El profesor Sebastián Soler desarrolló un método para determinar si una conducta se encuentra comprendida por el delito de ayuda al suicidio, que a su vez ha sido adecuado al ordenamiento jurídico chileno por Alfredo Etcheberry, y por lo tanto, es aplicable al nuestro ordenamiento por su similitud con el de ese país respecto del suicidio⁴⁴³, con una sola salvedad que ya anotaré.

Soler⁴⁴⁴ sostuvo que para comprender la esencia de la figura, debe imaginarse que el suicidio fuera un delito, y que por consiguiente todas las conductas que en este caso constituirían participación criminal son precisamente las que la integran la ayuda al suicidio.

⁴⁴² Digo esto dejando a salvo la posibilidad de que se considere a la interrupción de un tratamiento como un obrar negativo, que resulta de la inobservancia del médico de su deber jurídico de obrar. Aquí me atengo al criterio de la dogmática penal, conforme el cual el obrar positivo consiste en movimientos corporales, es decir a un criterio naturalístico, no al criterio expuesto por Claus Roxin anteriormente al hablar de la eutanasia pasiva.

⁴⁴³ *Ibíd.* Pág. 61. Etcheberry no hace precisión de la fuente de la cual toma el pensamiento de SOLER.

⁴⁴⁴ *Ibíd.* *Ídem.*

Etcheberry⁴⁴⁵, precisando esta fórmula metodológica, señaló que debe excluirse de esta figura todo aquello que suponga un auxilio que llegue tan lejos como la realización misma del acto que produce la muerte, por parte de quien coopera, es decir que no se encuentran comprendidos dentro de la fórmula los supuestos de coautoría, que quedarán comprendidos dentro de las reglas generales del homicidio.

También, añade el profesor chileno, no deben comprenderse incluidas en la fórmula las conductas de participación criminal, tales como: el mero hecho de presenciar el suicidio sin tomar parte en él; y, el encubrimiento, por cuanto el encubridor no presta auxilio al suicida⁴⁴⁶. Etcheberry⁴⁴⁷ excluye también de la fórmula los supuestos de instigación, pues el ordenamiento jurídico chileno sólo sanciona al que auxilia y no al instigador; no obstante, dicha enmienda a la fórmula de Soler no debe ser tomada en cuenta en el caso ecuatoriano, pues nuestra ley penal sí comprende esa forma de participación criminal.

Una vez descrita la fórmula de Soler y Etcheberry, pasemos a aplicarla a fin de saber su interrupción del tratamiento médico en la eutanasia pasiva, puede ser considerada como una forma de auxilio o instigación al suicidio.

Es evidente que una conducta como aquella, no encuadra en una forma de instigación, por lo cual no tomo en cuenta ese tipo de participación criminal. Resta tan sólo examinar si existe complicidad, ya que han sido excluidos de la fórmula metodológica previamente expuesta, el encubrimiento y la coautoría.

Eugenio Cuello Calón, considera que la forma denominada complicidad, existe cuando:

“Además del hecho criminoso principal se presentan otros de menos importancia encaminados a facilitar su ejecución. Al que ejecuta la acción principal se le denomina delincuente principal, a los que ejecutan acciones secundarias se les denomina cómplices. Mientras que el autor es causa eficiente el cómplice no lo es...”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ *Ibíd.* *Ídem.*

⁴⁴⁶ *Ibíd.* Págs. 61 – 62.

⁴⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 61.

⁴⁴⁸ CALÓN, Eugenio. *Ob. Cit.* Tomo I. Vol. II. Pág. 670.

En el mismo sentido, Carmen Juanatey se pronuncia al respecto, y agrega que "...la relevancia jurídico-penal de la inducción y de los actos de cooperación necesaria depende de que haya habido actos ejecutivos por parte del autor principal."⁴⁴⁹. Por tanto, en el supuesto de que se considere al suicidio como un delito, la interrupción del tratamiento médico por parte del galeno no adquiere la forma de complicidad, y, según el razonamiento de Soler y Etcheberry antes expuesto, no se encuentra comprendido en el tipo penal que prevé la ayuda al suicidio.

Esto por cuanto, junto a la conducta del galeno que interrumpe el tratamiento vital, no existe ninguna otra acción principal. En todo caso, el médico será coautor del delito de suicidio y el suicida autor mediato, pues se sirve de otro para cometerlo. Además, la interrupción del tratamiento vital por parte del galeno, es la causa eficiente de la muerte y no la conducta del suicida.

Ahora, con esos razonamientos queda excluida la primera forma de eutanasia pasiva, por lo que resta saber si es que puede considerarse el omitir un tratamiento vital como una ayuda al suicidio. Aplicando un razonamiento similar al que utilicé para excluir la interrupción de un tratamiento vital como forma de auxilio al suicidio, se puede decir que: aún cuando se acepte que la omisión de un tratamiento vital revista el carácter de ayuda al suicidio (pues es una forma de cooperación), no confluye con ella la acción del autor principal, si se supone la existencia del delito de suicidio⁴⁵⁰; es más, tampoco existe junto a esta forma de eutanasia pasiva una acción que pueda considerarse como causa eficiente, sino que la propia acción del galeno debe ser considerada como tal.

Por lo tanto, no debe ser comprendida como un caso del delito tipificado en el Art. 454 del Código Penal, consistente en la ayuda o auxilio al suicidio.

4.1.2. La instigación al suicidio y la eutanasia pasiva.

⁴⁴⁹ JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 78.

⁴⁵⁰ No debe confundirse el lector, en este punto, con la posibilidad de que exista auxilio omisivo al suicidio cuando hay una acción del suicida que propicia la muerte. Aun cuando la doctrina debate ampliamente sobre este tema, no es relevante en el caso de la eutanasia pasiva, donde falta esa acción del suicida.

Instigar significa excitar, inducir a otro a que se suicide. La instigación es el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a que se suicide, reforzando o excitando un propósito ya existente en el suicida: el deseo de eliminarse⁴⁵¹. Es una participación moral que debe ser directa y eficaz.

No cabe instigación si se acude a la fuerza, intimidación o coacción, pues ésta conducta supone siempre un convencimiento, sugestión o persuasión de la voluntad ajena. Quien actúa con fuerza, intimidación o coacción es culpable de homicidio, pues no convence sino que utiliza al sujeto pasivo como instrumento para el cumplimiento de su propio designio de matar.

Entendido lo que es la instigación al suicidio, no es posible si quiera presumir que la omisión o la interrupción de un tratamiento vital puedan ser consideradas como tal. Al contrario la eutanasia pasiva nunca constituye una acción moral sobre el interesado, sino más bien una conducta material.

Por consiguiente, según todos los razonamientos expuestos, la eutanasia pasiva no puede ser catalogada bajo ningún respecto como un delito de ayuda o instigación al suicidio.

4.2. La eutanasia pasiva y el homicidio.

Resta, por tanto, determinar si la eutanasia pasiva se subsume en la previsión típica del delito de homicidio. Para esto, primero debemos recordar lo que se entiende por homicidio, cuáles son sus elementos, y finalmente examinar si la conducta del médico que provoca la eutanasia pasiva se encuadra en ellos.

El homicidio es "...la muerte de un hombre voluntariamente causada por otro hombre."⁴⁵². A esta definición agrega Carrara, el que dicha muerte haya sido cometida injustamente, excluyéndose los homicidios cometidos por mandato de la ley (como el

⁴⁵¹ Cfr. CUELLO, Eugenio. Ob. Cit. Tomo I, volumen II. Pág. 668

⁴⁵² CUELLO, Eugenio. Ob. Cit. Tomo II, volumen II. Pág. 474.

que ejecuta el verdugo), con la tolerancia de ella (en defensa propia, o por cualquier causa que excluya la responsabilidad penal), o puramente causal (cuando el hombre obedeciendo a una fuerza superior mata, de tal forma que no es causa moral de su acción)⁴⁵³.

La fórmula más sencilla en que se presenta este delito es el homicidio simple. De él derivan, agregadas ciertas circunstancias, el infanticidio, el parricidio, el asesinato y otros delitos más.

4.2.1. El homicidio simple y la eutanasia pasiva.

El homicidio simple consiste en dar muerte a otra persona intencionalmente, dolosamente, sin que concurren las circunstancias que integran las demás figuras de homicidio.

Dentro de la fórmula típica del homicidio simple pueden distinguirse tres aspectos: el verbo rector, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El verbo rector del homicidio simple consiste en matar. Matar es causar la muerte de otra persona, ya sea por acción u omisión, pues la Ley Penal no hace precisión al respecto⁴⁵⁴.

La doctrina refiere, que debido a la parquedad del texto legal la acción típica de dar muerte a otro, descrita en el homicidio simple, abarca toda conducta que produzca ese resultado con indiferencia del medio y la forma utilizada⁴⁵⁵. Es así que los autores concluyen que se puede cometer homicidio tanto por medios positivos o negativos; y, materiales o morales (aquellos que actúan sobre la psiquis del sujeto pasivo más que sobre su cuerpo, tales como la emoción intensa o el miedo súbito que una persona causa

⁴⁵³ GÓMEZ, Eusebio. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 11. Éste a su vez de CARRARA, Francesco. *Programma*, núms. 1086 y 1087.

⁴⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 12 y 19. Es muy común que en la doctrina penal se tome como ejemplo de delito de omisión simple el que la madre mate a su hijo dejándolo de amamantar. Es más, este autor sostiene que la jurisprudencia italiana ha declarado que si a un enfermo se le priva de la asistencia y cuidados que se le debe prestar, comete homicidio por omisión.

⁴⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 19.

en una persona de estado cardiaco delicado). Inclusive quien comete homicidio se puede valer de instrumentos dotados de cierta autonomía como otras personas o animales.⁴⁵⁶

Entre los medios morales, llamados también psíquicos, se deben considerar también aquellos medios físicos no vulnerantes como la palabra o la escritura⁴⁵⁷.

Del medio utilizado puede depender que el homicidio simple se transforme en el delito de asesinato, siempre y cuando el Art. 450 del Código Penal prevea su uso como una circunstancia modificatoria del tipo. Verbigracia, el uso de veneno, incendio, etc.

El homicidio, por cuanto se trata de un delito material o de resultado, y no de un delito formal que se agota con la simple actividad descrita en el tipo, exige la existencia de causalidad entre la acción u omisión del homicida y el resultado de la muerte del sujeto pasivo⁴⁵⁸. La acción homicida debe ser la causa directa e inmediata del homicidio o, si no es su causa directa e inmediata por no ser capaz de originar por sí sola la muerte, al menos debe causarla por la concurrencia de un conjunto de causas o contingencias independientes de la voluntad del agente (homicidio concausal)⁴⁵⁹ que se suman a la conducta del sujeto activo.

No existe un criterio unánime en la doctrina que acepte o rechace la existencia del homicidio concausal. No obstante, en nuestro país el Art. 13 del Código Penal ha dado una solución definitiva, para el caso ecuatoriano. Al respecto, dicho artículo de la Ley

⁴⁵⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 20.

⁴⁵⁷ Como ejemplo de un medio físico no vulnerante, Etcheberry expone lo siguiente: "Quien indica un rumbo falso al ciego o al escalador de montañas, para que caigan al abismo y mueran, es tan autor de homicidio como si se les hubiera dado muerte a disparos de revólver". Cfr. *Ibidem*. Ídem. Eusebio Gómez también expone el siguiente ejemplo propuesto por Manzini: "Una obrera mantenía relaciones amorosas, desde hacía ya tiempo, con un joven, que le había hecho formal promesa de matrimonio y con el cual había tenido ya dos hijos. El novio, después de haber postergado varias veces el cumplimiento de su compromiso, exhibió a la obrera los documentos demostrativos de haber efectuado las diligencias previas a la celebración del matrimonio, asegurándole que éste se llevaría a cabo tan pronto como ella saliera del hospital, donde se encontraba enferma. Pero tales documentos, aunque auténticos, debían servirle para su casamiento con otra mujer. Efectuado éste, tuvo la satánica perfidia de hacérselo saber por medio de una cartulina ilustrada. La terrible emoción experimentada por la infeliz fue tal, que murió en el acto." GÓMEZ, Eusebio. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 19.

⁴⁵⁸ CUELLO, Eugenio. Ob. Cit. Tomo II, volumen II. Pág. 476 - 477. También GÓMEZ, Eusebio. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 12.

⁴⁵⁹ CUELLO, Eugenio. Ob. Cit. Tomo II, volumen II. Pág. 477, y GÓMEZ, Eusebio. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 13.

Penal establece que: “Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional”.

A contrario sensu, si el autor tuvo, por el contrario, la intención de que el acontecimiento se produzca y la muerte se produce por la suma de una o más causas a su acto punible, con mayor razón responderá de homicidio, pero en este caso no por uno preterintencional, sino doloso. El juzgador, en este evento deberá aplicar la presunción de voluntariedad del homicidio del Art. 448 del Código Penal, así como una de las teorías del causalismo que justifique la punibilidad de ese supuesto. En ese punto, me inclino por la teoría del causalismo eficiente.

Resulta importantísimo tener presentes las palabras de Carnelutti respecto de la acción como causa eficiente. Él sostenía que “...un hombre nunca puede ser toda causa de un evento”⁴⁶⁰, sino que su acción únicamente se puede entender como una participación en el desarrollo del hecho delictivo.

Si se entiende que causa y efecto se contraponen como la situación inicial respecto de la situación final, “...la situación inicial no está nunca exclusivamente compuesta de un hombre: supuesta la muerte de alguien con arma de fuego, en la causa entra no sólo el brazo que empuña el arma y pone en movimiento su mecanismo, sino el arma misma, el proyectil y la pólvora del disparo, y hasta el encontrarse la víctima en tal lugar que pueda ser herida.”⁴⁶¹.

Causa es todo el conjunto del cual deriva el resultado, los elementos que la integran son las concausas.

En las concausas, según Carnelutti, debe diferenciarse la causa eficiente, la condición y la ocasión, como causas del resultado del delito respecto de las cuales nunca el hombre podrá participar en todas y cada una de esas funciones. La acción delictiva siempre será

⁴⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones de Derecho Penal. El delito*. Traducido por: Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires – Argentina. 1952. Pág. 167.

⁴⁶¹ *Ibíd.* *Ídem*.

causa eficiente y las concausas son causas insuficientes. La causa eficiente es concausa activa; la condición, concausa pasiva; y, la ocasión, concausa combinatoria.

Para clarificar las cosas, el Autor da el siguiente ejemplo: "...causa suficiente del hundimiento de la nave es el proyectil que la toca; condición, la falta de resistencia de la pared tocada; finalmente, el hallarse la nave en la trayectoria del proyectil es la ocasión."⁴⁶².

En este sentido, en el homicidio concausal deberá distinguirse si la conducta del homicida es causa eficiente. Si junto a ella ha sobrevenido una condición o una ocasión, o si por el contrario la acción u omisión del sujeto activo es una de ellas. Sólo así se resolverá la penalidad.

El segundo elemento del homicidio simple, el sujeto activo, es cualquier persona que reúna los requisitos de imputabilidad comunes a cualquier autor de un delito, pues respecto de él la legislación no establece requisitos⁴⁶³. Sin embargo, en ciertos casos la calidad del sujeto activo en relación con el pasivo, determinará que el homicidio se convierta en infanticidio o parricidio, por lo que se excluyen de este elemento aquellas personas que tengan las características requeridas por los tipos penales antes mencionados, ya que cuando ellas sobrevengan estaremos ante uno de esos tipos de homicidio, no ante un homicidio simple.

El sujeto activo debe tener la voluntad de matar a cualquier persona, *animus necandi* o *animus occidendi*, dentro del cual se comprende no sólo el dolo directo sino también el eventual⁴⁶⁴.

La persona que comete homicidio simple puede tener cualquier móvil; resulta indiferente respecto de este delito. Sin embargo, en ciertos casos el móvil puede revestir a la infracción de una mayor o menor gravedad, e inclusive, lo puede

⁴⁶² Ibídem. Pág. 168.

⁴⁶³ ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 21

⁴⁶⁴ Ibídem. Pág. 30.

transformar en asesinato o en un delito de odio⁴⁶⁵.

Finalmente, el sujeto pasivo del homicidio simple puede ser cualquier persona viva, aún cuando estuviese próxima a morir y carezca de capacidad vital. Para precisar lo que debe entenderse por persona, según la norma penal, los autores suelen referirse al concepto civil de la misma. Así, es sujeto pasivo de homicidio cualquier ser humano vivo que haya sido separado de su madre, pues según nuestro ordenamiento jurídico, en ese momento inicia la existencia de las personas.

La calidad de persona se mantiene en el ser humano desde el nacimiento hasta la muerte; es durante todo ese tiempo en el que se protege penalmente con el homicidio la vida del ser humano.

La dignidad que ocupe el sujeto pasivo es irrelevante para que se constituya el delito de homicidio; sin embargo, de acuerdo con las últimas reformas al Código Penal introducidas por la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal publicada en el Suplemento del R. O. No. 160, del 29 de Marzo de 2010, si el homicidio ha sido cometido en contra de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales o jueces de garantías penales, en el desempeño de sus funciones, dicho delito se convierte en asesinato.

Además, según Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los Delitos Cometidos en el Servicio Militar y Policial, publicada en el suplemento del R. O. No. 196 de 19 de Mayo de 2010, se agrava la pena del homicidio cometido por un militar en ocasión de un conflicto armado, en contra de la población civil; las personas que no

⁴⁶⁵ El homicidio se convierte en asesinato, cuando se realiza con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer; y, cuando haya sido cometido como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible, según los numerales 8 y 9 del Art. 450 del Código Penal. Cuando el homicidio se ha cometido con odio o desprecio contra una o más personas en razón de su color de piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad, será sancionado con la pena de doce a dieciséis años de reclusión, según la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal publicada en el Suplemento del R. O. No. 555 de 24 de Marzo de 2009.

participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; el personal sanitario o religioso; los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; las personas que han depuesto las armas; las personas que se encuentran fuera de combate o indefensas en el conflicto armado; quienes, antes del inicio de las hostilidades, pertenecían a la categoría de apátridas o refugiados; los asilados políticos; el personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado; y, cualquier otra persona que tenga la condición de protegidas en los conflictos armados en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Dicho homicidio será sancionado con la pena asignada al asesinato, esto es, dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial.

Una vez examinados brevemente los elementos del delito de homicidio simple, podemos pasar a razonar sobre la adecuación de la conducta de la eutanasia pasiva en este tipo penal.

La eutanasia pasiva, como ya dije, se puede ejecutar ya mediante la omisión de un tratamiento vital, o con la interrupción del mismo. No obstante, también es catalogada por autores como Claus Roxin, como una omisión por ser contraria a un deber jurídico de obrar del médico⁴⁶⁶.

La interrupción consiste en una acción, ya que supone un movimiento corporal, un hecho positivo, en fin, una acción corpórea del médico por la cual suspende el suministro del tratamiento.

La omisión del tratamiento vital, en cambio, es una conducta omisiva, pues consiste en la falta de observancia por parte del médico de un precepto obligatorio que impone una acción positiva, es decir, un no hacer lo que se espera: brindar atención de salud.

La existencia de una omisión penalmente punible en la eutanasia pasiva es discutible, si se examina la legislación ecuatoriana, pues el Art. 201 de la Ley Orgánica de Salud

⁴⁶⁶ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 14-15.

establece que es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, *respetando los derechos humanos y los principios bioéticos*. Éstas últimas palabras, que me permito enfatizar, pueden hacer presumir que no existe un deber jurídico de obrar frente al no hacer del médico⁴⁶⁷ en la eutanasia pasiva.

No obstante, el Art. 90 del Código de Ética Médica, que prohíbe a los médicos abreviar la vida de sus pacientes, sí parece imponer ese deber de actuar del médico⁴⁶⁸. Sin embargo, la norma no es clara y queda pendiente resolver si se refiere exclusivamente a la eutanasia activa, o comprende también la pasiva⁴⁶⁹. Por lo tanto, existe incertidumbre al respecto.

Personalmente, estimo que este punto sólo puede resolverse con precisión mediante una ponderación de los principios involucrados, ya que existe vaguedad en la norma, pues ella no establece una fórmula precisa. Aún cuando en su mismo texto la Ley Orgánica de Salud establezca la necesidad del consentimiento informado para la adopción de tratamientos médicos, la preeminencia entre la obligación del galeno de prestar atención médica y el derecho a negarse a recibir un tratamiento vital, como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sólo puede establecerse por medio del método apropiado para la solución de estas colisiones.

⁴⁶⁷ Recordemos que “Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible.” Cfr. Cita textual de Mezger, tomada de: JIMENEZ, Luis. *La ley y el delito*. Séptima edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires – Argentina. 1976. Pág. 216. Esa acción esperada deriva de un deber jurídico de obrar que puede provenir de una disposición legal específica aún cuando no sea penal sino civil, administrativa o de otra índole; de los contratos y demás fuentes civiles de las obligaciones; o, de una actividad precedente desarrollada por el sujeto activo.

⁴⁶⁸ Esta norma tiene una vigencia cuestionable, por cuanto el Art. 60 del Código de Salud que sustentaba su existencia, ha sido derogado por la Ley Orgánica de Salud. Es más, esta última norma no prevé facultades reglamentarias para el Ministerio de Salud con tanta amplitud como la norma derogada, por lo cual en la actualidad no podría sostenerse una norma de esas características expedida por esa dependencia.

⁴⁶⁹ Si esta norma se refiere también a la eutanasia pasiva, y pretende obligar al médico a ir en contra de la voluntad del paciente que rechaza un tratamiento vital, sería inconstitucional a la luz del Art. 11 numeral 4 de la Constitución, ya que restringiría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en el Ecuador no puede ser limitado sino por la Constitución y los derechos de terceros. La extensión de la regulación de esta norma hacia la eutanasia pasiva, dependerá de la respuesta a la siguiente pregunta: ¿El médico que omite o interrumpe el tratamiento médico causa la muerte, o es el debilitamiento progresivo de las funciones vitales el que lo ocasiona?

Dejando a un lado esta digresión, y continuando con la adecuación de la eutanasia pasiva en los elementos del homicidio simple, resulta claro que el médico que propicia la eutanasia pasiva directa omite o interrumpe el tratamiento vital con la intención de dar muerte a una persona y, por tanto, tiene *animus necandi*, pues su actuar es doloso.

Se ha pensado que en la eutanasia no hay dolo, pues la intención del que procura la muerte no tiene por fin causar un daño sino por el contrario un bien, librando al enfermo del sufrimiento, de una vida indigna, etc.⁴⁷⁰. En ese sentido, se dice que dicha conducta no calzaría en la definición de dolo de nuestro Código Penal (el designio de causar daño).

Esa observación es verdadera e imprecisa a la vez. Es cierto que en la eutanasia se busca causar un bien, pero ese bien se lo procura a través de un daño: la muerte. Es por eso que la Doctrina considera que el dolo requerido para el homicidio es la intención de provocar la muerte, aún cuando ésta se presente como un hecho probable, pero aceptado por el sujeto activo ¿El que ayuda en la eutanasia tiene intención de causar muerte? Sí, y aún cuando con ese propósito converja el deseo de causar un bien, su conducta tiene el designio de causar un daño: la muerte.

En la dogmática penal el concepto de daño implica la destrucción parcial o total de bienes jurídicos que deriva de la comisión de un hecho delictuoso⁴⁷¹. El daño al que se refiere el concepto legal ecuatoriano de dolo, no debe entenderse de forma vulgar, como una rémora o un mal cualquiera oponible a la palabra provecho o bien, sino en el sentido dado por la dogmática penal: detrimento de un bien jurídico.

En el caso específico del homicidio, el daño consiste precisamente en el detrimento total del bien jurídico de la vida: la muerte

En la eutanasia pasiva indirecta, al contrario de la directa, el médico realiza una

⁴⁷⁰ VACA, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 12.

⁴⁷¹ GÓMEZ, Eusebio. Ob. Cit. Pág. 393.

acción que se representa como capaz de causar la muerte de una persona, y la ejecuta aceptando ese posible resultado, en caso de sobrevenir, en su afán de aliviar el dolor, es decir, actúa con un dolo eventual⁴⁷². En todo caso, la conducta del médico se hallará subsumida en el Art. 456 del Código Penal que prevé el homicidio por suministro de sustancias, o inclusive, si es que el médico no obró con esa conciencia de que los fármacos suministrados para aliviar el dolor podían causarle la muerte, podría tratarse de un homicidio inintencional del Art. 459 Código Penal.

Obviamente, en ambos casos existe la muerte de una persona y esa muerte es atribuible directamente al médico. Ahora, esta precisión puede ser objeto de discusión ya que el tratamiento vital tan sólo sostiene una vida que inminentemente se abreviará, por lo cual, se puede argumentar que la conducta del médico no es directa e inmediatamente capaz de producir la muerte⁴⁷³. En todo caso, en nuestro sistema legislativo se acepta el homicidio ocasionado por una concausa, y aún cuando se considere que la conducta del médico es una concausa que se agrega al débil estado vital del enfermo, el médico puede ser reputado como autor de homicidio.

Es más, siguiendo el pensamiento de Francesco Carnelutti, antes expuesto, se puede concluir que el estado crítico del enfermo en la eutanasia pasiva es una condición, mientras que la conducta del médico es la causa suficiente. El estado del enfermo tan sólo facilita la muerte producida por la acción del galeno; ese estado es causa, sí, pero es insuficiente para producir el resultado. La conducta del médico corta el hilo del cual pende la vida del enfermo y la precipita en el abismo de la muerte.

⁴⁷² En este sentido afirma Etcheberry "También es dolo homicida el dolo eventual de matar (la intención es dolo directo). Es decir, no solamente existiría dolo homicida cuando haya intención precisa de matar, sino también cuando el resultado de muerte se haya previsto como posible y se haya aceptado, no importándole al hechor que ocurra.". Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 30.

⁴⁷³ En la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, tanto el Tribunal de Apelaciones de California en el caso Clarence Herbet, como el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en el caso Vacco v. Quill, han considerado que la omisión de un tratamiento médico vital no es la causa real de la muerte, sino la enfermedad subyacente. Cfr. JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Págs. 165 y 180. Sin embargo, puede también encontrarse opiniones dentro de esa jurisprudencia, como la emitida por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso Quill v. Vacco, que considera que la desconexión de un aparato de ventilación o hidratación asistidas, es una conducta que causa la muerte por asfixia, inanición o deshidratación, sin que pueda decirse que en tales supuestos la muerte deriva de una enfermedad subyacente. Cfr. JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 177.

Lo mismo sucede si se aplican otras teorías del causalismo. Así si se examinan los hechos desde la equivalencia de condiciones, se dirá que suprimida imaginariamente la conducta del médico el resultado no se hubiera producido, por lo cual se presenta como una *conditio sine qua non* (condición sin la cual no); si se observa, también, el causalismo necesario se tendrá que en la conciencia del médico se presenta como ordinariamente previsible que la omisión o interrupción del tratamiento vital produzca la muerte.

Ahora, dejando de lado esa discusión, surge otra polémica: los móviles del homicida en la eutanasia pasiva. Aún cuando, como quedó establecido, ellos son indiferentes para la configuración del delito, un buen número de autores considera que apreciando los que al sujeto activo en la eutanasia pasiva le son propios, así como el consentimiento de la víctima y el ímpetu pasional que lo determina (la situación de angustia que lleva a dar la muerte, los dramas de miseria, etc.), este homicidio debe recibir una pena atenuada.

En conclusión, analizados todos los aspectos relevantes, la eutanasia pasiva se adecua perfectamente en el tipo penal del homicidio simple.

No obstante, el examen de la tipicidad de la eutanasia pasiva no se agota allí, pues la cercanía entre el homicidio simple y el asesinato plantea una pregunta: ¿puede ser considerada la eutanasia pasiva como un asesinato?

Existe un grupo de autores que consideran que, debido a la premeditación presente en el homicidio de la eutanasia pasiva, esta conducta constituiría un asesinato. Sin embargo, eso es posible asegurar en las legislaciones en las cuales existe la premeditación como circunstancia modificatoria del delito homicidio en asesinato. En la nuestra, no.

La misma pregunta surge con respecto del parricidio, pues bien puede suceder que un médico, que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del sujeto pasivo, le de muerte a éste con el fin de aliviar sus dolores. En esos casos en particular, existirá parricidio, pero la fórmula general sería el homicidio simple.

Bajo ningún supuesto la eutanasia pasiva puede encasillarse en un infanticidio, pues en él se requiere como móvil el salvaguardar la honra de la madre del recién nacido, y este motivo es ajeno a las intenciones altruistas de la eutanasia, que busca dulcificar el tránsito entre la vida y la muerte inminente.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO FRENTE A LA EUTANASIA PASIVA.

A continuación expondré los métodos existentes para analizar la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva. Comenzaré exponiendo la teoría de la tipicidad conglobante, pues ella sirve de fundamento para analizar la responsabilidad penal del médico según el método propuesto; luego expondré la legitimidad de este método; y, finalmente los criterios alternativos para analizar la responsabilidad penal del médico en la eutanasia pasiva, y su refutación de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

I. La teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni.

Ya sabemos que, según la dogmática penal, cuando el legislador se encuentra frente a un ente y tiene interés en tutelarlos, porque los valora, crea una norma que los expresa en leyes, elevando el ente a categoría de bien jurídico. Sólo cuando el legislador considera necesaria la protección penal, aún cuando ya haya elaborado leyes que tutelan al ente, puede crear un tipo penal que lo eleve a la categoría de bien jurídico penalmente tutelado.

No sólo mediante las normas penales se puede tutelar como bien jurídico a un ente; lo mismo se puede hacer con las civiles, las constitucionales, las administrativas, etc.

Zaffaroni explica esta aseveración mediante un ejemplo:

“...el legislador se encuentra frente al “ente” “vida humana” y tiene *interés* en tutelar la vida humana, porque la valora (la considera positiva, buena, necesaria, digna de respeto, etc.). Ese *interés jurídico* en tutelar el ente “vida humana” lo tiene que traducir en una norma; cuando se pregunta “¿cómo lo tutelo?”, la única respuesta es: “prohibiendo matar”. Esta es la norma prohibitiva “no matarás”. Esta norma tiene que expresarla en leyes y ya con ello la vida humana se revelará como un bien jurídico. Así, la vida humana es un bien jurídico a

la luz de las disposiciones civiles (arts. 1084 CC por ejemplo). Sin embargo, puede ser que no se contente con esta manifestación de la norma y requiera también una tutela penal, al menos para ciertas formas de afectar el bien. Es entonces cuando el legislador elabora el tipo penal y el bien jurídico vida humana pasa a ser un bien jurídico-penalmente tutelado...⁴⁷⁴.

El legislador, por tanto, crea el tipo penal para proteger el bien jurídico, por lo que, no pueden considerarse dentro del tipo las conductas que aunque formalmente se adecuen a la descripción típica, no sean contrarias a la norma ni afecten al bien jurídico tutelado. Siempre junto al tipo penal se encontrará una norma subyacente a él. La tipicidad penal requiere, además de la adecuación típica, que la conducta sea contraria a la norma y afecte al bien jurídico.

El examen de la contrariedad con la norma (antinormatividad) implica una remisión al ordenamiento jurídico, en su totalidad, para examinar el alcance prohibitivo de la norma. Esto se debe a que, en un orden normativo, no puede existir una norma que mande lo que otra prohíbe, pues las normas jurídicas viven limitadas unas y otras entre sí. Un orden normativo no puede estar compuesto de normas prohibitivas dispares, sino por un orden de normas que guardan coherencia entre sí⁴⁷⁵.

Si se aceptara que en un orden normativo exista una norma que ordena o fomenta lo que otra prohíbe, "...no se podría hablar de "orden normativo" sino de un amorfo amontonamiento antojadizo de normas arbitrariamente reunidas"⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial Ediar. Buenos Aires – Argentina. 1987. Pág. 383.

⁴⁷⁵ Esto idealmente, pues como bien ha señalado Luis Prieto Sanchís, "Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien solemos operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente – ficción seguramente conectada a la de la personificación del Estado- lo cierto es que ese conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas. Por eso, aunque se presenten como una patología para el jurista, las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos y también, por qué no, de un cierto déficit de racionalidad del legislador, pues muchas antinomias podrían evitarse, bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas.". Cfr. PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Pág. 10.

⁴⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio. Ob. Cit. Pág. 463.

Al examinar una conducta, puede darse el fenómeno por el cual la fórmula legal del tipo penal abarque conductas que no son comprendidas por la totalidad del ordenamiento jurídico, sino únicamente por la norma penal considerada aisladamente; sin embargo, un examen de ese estilo es totalmente contrario a la técnica jurídica, pues ya quedó establecido con Kelsen que, "...la multitud de normas que conforman un ordenamiento jurídico no se hallan aisladas ni están sueltas sino que se encuentran enlazadas por relaciones de fundamentación y derivación"⁴⁷⁷, es decir, que unas normas se fundamentan en otras superiores o se derivan de éstas; y, que de estas relaciones de fundamentación y derivación se producen dos consecuencias: la validez y la unidad de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, "...validez porque, como se dijo, al fundamentarse las normas unas entre otras, dentro de esa gradación jurídica, hallan compatibilidad, armonía, evitando la contradicción. Y, en última instancia, las normas encuentran su validez al guardar conformidad con la Constitución o Ley Fundamental del Estado."⁴⁷⁸.

Por lo tanto, junto al simple examen de la adecuación típica de una conducta con la previsión normativa del tipo penal (tipicidad legal), es imprescindible, como correctivo, determinar siempre su tipicidad conglobante. Esta teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni implica un examen de la totalidad del ordenamiento jurídico, a fin de determinar la contrariedad de la conducta con la norma que subyace al tipo penal, de tal modo que si una norma penal parece prohibir lo que otra ordena, lo que otra fomenta, las conductas cuya realización garantizan otras normas, o lo que otra excluye del ámbito de prohibición por estar fuera de la injerencia del Estado, la conducta será atípica según la norma que prevalezca en ese conflicto entre normas.

Esto se debe a que, en ese estado de las cosas, aún cuando se haya dado la subsunción de la conducta en el tipo penal, puede no existir una contradicción con la norma subyacente a él, y por tanto, tampoco una vulneración al bien jurídico que la norma protege.

⁴⁷⁷ SALGADO, Hernán. *Introducción al estudio del Derecho*. s/e. Quito – Ecuador. 2002. Pág. 45.

⁴⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 47.

Se trataría aquí, entonces, de buscar si existe un conflicto entre normas y solucionarlo de tal manera que de los distintos mandatos de deber ser previstos por ellas, tan sólo uno prevalezca.

Con mayor claridad se ha de entender lo dicho, si se piensa en el ejemplo dado por Zaffaroni. Dice él que, cuando un oficial de justicia, con una orden de juez competente, embarga o secuestra un bien ajeno, en un examen somero de las cosas, concluiríamos que la conducta es típica. Sin embargo, ese oficial de justicia actuó en cumplimiento de un deber. Mientras la norma penal que sanciona el robo o el hurto parecía prohibir esa conducta, la norma civil que regula el embargo y la providencia del juez competente, se lo ordenan.

No existe en ese caso tipicidad de la conducta, pues nunca se violó la norma subyacente al tipo penal del hurto o del robo.

En ese caso existe aquello que en la teoría de los principios es llamado conflicto de reglas. Para su solución se debe pensar, tal como manda esa teoría, que existen dos opciones frente a la contradicción de los mandatos de las dos normas en el ejemplo: o se introduce en la norma penal una cláusula de excepción por la cual la sustracción de bienes ajenos es robo o hurto, salvo el caso de que un oficial de justicia actúe por orden de juez en un embargo o secuestro; o, alguna de esas normas es inválida.

Sólo luego de este análisis del conflicto entre reglas existente, se puede determinar la tipicidad de la conducta. Para mejor entendimiento de lo expuesto aquí, léase en esta tesis el capítulo correspondiente a la teoría de los principios, y especialmente, lo referente a los conflictos de reglas.

1.1. La aplicabilidad de esta teoría en la determinación de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva

En la eutanasia pasiva están inmersas fuerzas normativas que pugnan en sentido positivo y negativo. Positivamente, por un lado, se encuentra tanto el derecho al libre

desarrollo de la personalidad - como facultad constitucionalmente reconocida que legitima esta conducta -, y el deber del médico de respetar el ejercicio de éste derecho humano. Por otro lado, de forma negativa, está la prohibición penal del delito de homicidio, junto al deber del médico de prestar servicios de salud, como obligado frente a este derecho según la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos humanos.

Penalmente, estas fuerzas normativas toman relevancia al momento de establecer la responsabilidad penal del médico en la eutanasia pasiva, pues existe la posibilidad de irrespetar el ejercicio legítimo de los derechos; de aconsejar erróneamente, mediante la norma penal, la vulneración de los mismos; así como, dejar sin la protección jurídica debida a la vida humana. Todas estas graves consecuencias nos sitúan frente a un dilema: punir o no punir la eutanasia pasiva.

La existencia de normas constitucionales entre las fuerzas normativas en pugna, junto con la vigencia del paradigma del Estado Constitucional de Derechos sugieren que el problema sea resuelto a partir de la visión de los derechos humanos.

De esta forma, el problema principal del dilema punir o no punir, guarda relación con la existencia de la colisión de los principios ya citados (el libre desarrollo de la personalidad y el deber del médico de respetar el ejercicio de ese derecho, junto al deber del galeno de prestar servicios de salud y proteger el derecho a la vida).

La norma penal, como fuerza normativa, al ser parte integrante de un sistema jurídico donde la Constitución determina el contenido de todas las normas subordinadas a ella, pasaría, en un segundo plano, a ser dependiente de la relación de precedencia que deba existir entre los derechos implicados, antes enunciados.

A su vez, dicha relación de precedencia, necesariamente ha de ser establecida por una ponderación de principios, pues éste es el método eficaz para la solución de esas antinomias, tanto doctrinaria como jurídicamente.

En fin, por lo que se puede ver, según se ha argumentado, este conflicto refiere un ejercicio de aplicación de la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni, ya que de la interpretación de la norma constitucional se podrá determinar si la Ley Fundamental excluye del ámbito de prohibición del delito de homicidio simple los supuestos de la eutanasia pasiva, por estar fuera de la injerencia del Estado.

La ponderación, como método de interpretación constitucional adecuado para la solución de la colisión de principios, trasciende, de esta forma, a lo penal, e implica un ejercicio del juzgador en esta materia, que le impone olvidar el frío y simple análisis de la ley punitiva del Estado⁴⁷⁹.

Si el resultado de la ponderación establece la legitimidad de la omisión del médico que respeta la voluntad de la persona de dejarse morir, o se introduce una cláusula de excepción en la norma penal, o ésta última es inválida por contradecir a la Constitución.

La solución definitivamente es la primera de las opciones, pues, si prevalece en la ponderación el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ésta norma constitucional excluirá del ámbito de prohibición penal del delito de homicidio a la eutanasia pasiva, pues el Estado ecuatoriano no puede interferir en el ejercicio de los derechos humanos sin vulnerar los tratados internacionales y la Constitución y, específicamente, su primera obligación frente a los derechos humanos en general: respetarlos⁴⁸⁰.

Bajo ningún sentido, se puede pensar en declarar la invalidez de la norma penal que sanciona el homicidio, pues, bajo todos los aspectos, ella está dirigida a proteger la vida humana en general, respecto de todos los ataques que se dirijan a eliminarla, y por tanto, tiene un fin legítimo.

⁴⁷⁹ Un ejercicio idéntico al que propongo, se puede encontrar en: ÁVILA, Ramiro. *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*. Ob. Cit. Pág. 61. Este artículo, además, plantea otra visión del sustento de la aplicación de la Constitución a la hora de juzgar penalmente.

⁴⁸⁰ Terradillos ha dicho que de la Constitución se derivan límites nítidos al *ius puniendi*, tales como: la necesidad y la proporcionalidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. Cfr. Juan M. Terradillos Basoco, "La Constitución Penal. Los derechos de libertad", en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 358. Tomado de ÁVILA, Ramiro. *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?* Pág. 59.

Lo único que sucederá tras este ejercicio, es que, en los supuestos de eutanasia pasiva, la norma penal será interpretada de tal forma que la punición del médico que participa en ella respetando la decisión de su paciente, quedará excluida.

Lo que se trata, entonces, es de establecer el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad luego de la ponderación, a fin de concretar la existencia de una excepción, ya que la norma penal no puede ser contraria al sentido de la Constitución, sino que más bien ese sentido está dado por la Ley Fundamental.

1.2. *La legitimidad de la aplicación de esta teoría según la Constitución.*

Las constituciones de los Estados tienen serias implicaciones en toda la actividad que desarrolle esa organización política. No sólo el catálogo de derechos estipulado en su texto, sino su organización y el tipo de Estado adoptado, influyen en la función ejecutiva (a la hora de prestar servicios públicos, implementar y evaluar políticas públicas), en la legislativa (al crear normas que plasmen los fines estatales previstos en la constitución), y en la judicial (al administrar justicia).

No puedo dejar de examinar aquí, cómo la nueva Constitución del Ecuador justifica el examen de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, a través del método planteado: la ponderación de los principios en colisión.

Las novedades de nuestro texto constitucional marcan de manera definitiva la forma de administrar justicia en el Ecuador, y justifican la idea que en esta tesina propongo, de la manera que explico a continuación.

1.2.1. *Según el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.*

El Art. 1 de la Constitución del Ecuador proclama que nuestro país es un Estado constitucional de derechos y justicia. De esta manera el texto de la Ley Fundamental determina las cualidades que caracterizan al Estado ecuatoriano, guiando toda la actividad de los órganos estatales, sus servidores y funcionarios públicos.

Particularmente en el campo de lo judicial, esa caracterización de nuestro Estado tiene serias repercusiones; cada uno de esos tres caracteres del Estado ecuatoriano: ser constitucional (1), de derechos (2) y de justicia (3), repercute de forma determinante en la actuación de los jueces al administrar justicia.

1) En primer lugar, a diferencia del Estado legal de Derecho, en un Estado constitucional los jueces no están vinculados por la ley de una manera estricta e incondicional, a tal punto de convertirse en "...la boca que pronuncia las palabras de la ley (...)", o en "...seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley misma."⁴⁸¹, como afirmaba Montesquieu.

Este modelo de Estado, es contrario a esta tesis de la función declarativa de la actividad del juez. El juez, en el Estado constitucional, ya no es aquel custodio de la ley que se somete a ella "...y la aplica al caso concreto, sin agregar nada que no esté ya dispuesto y previsto por la ley (...)"⁴⁸², tal y como sostenía esta tesis. Su función ha dejado de ser la simple ejecución de una operación esencialmente lógica, en la cual se forma un silogismo jurídico donde la premisa superior es la norma legal, la menor el caso y la conclusión es la sentencia⁴⁸³.

Por el contrario, en el Estado constitucional se actúa de manera distinta; "...el derecho escrito en las leyes sirve para proporcionar a los casos la regla que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla."⁴⁸⁴. La actividad de los jueces ya no se reduce a la construcción de un simple silogismo, sino que consiste en la comprensión del caso (la dilucidación de su sentido y su valor) y la búsqueda de la regla idónea en el ordenamiento para solucionarlo, en vista a las direcciones y resultados que se hayan adoptado según esa comprensión⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Ediciones Universales-Bogotá. Bogotá – Colombia. 1989. Pág. 151

⁴⁸² SALGADO, Hernán. Ob. Cit. Pág. 88 – 89.

⁴⁸³ *Ibidem*. Ídem.

⁴⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 136.

⁴⁸⁵ *Ibidem*. Ídem.

El juez debe determinar el sentido de un caso tomando en cuenta la acción que juzga con los efectos que considera ésta puede producir.

“Por ejemplo, el mismo hecho material de procurar la muerte a un hombre puede ser entendido en varios <<sentidos>> diferentes: como acción dirigida contra la vida ajena, o contra los sufrimientos ajenos (eutanasia), o contra la degeneración de la especie humana (eugenesia), o como instrumento de la guerra, o como sanción por un delito (pena capital), o como precio incluso de la experimentación médica con seres humanos, o en fin, como vía obligada para la extracción de órganos utilizables para trasplante.”⁴⁸⁶.

El valor se debe obtener tomando en cuenta la conveniencia obtenida con esa acción.

Además, en el Estado constitucional el juez sí puede moderar la fuerza y el rigor de la ley, si así lo requiere la Constitución, pues los límites y vínculos de su actividad ya no están establecidos por la ley, sino por la Ley Fundamental⁴⁸⁷. Es más, él como su guardián debe aplicarla directamente y hacerla prevalecer frente a cualquier norma inferior que contradiga su contenido. Por lo tanto, tiene el deber insoslayable de examinar no sólo la Ley al juzgar, sino también la Ley de leyes: la Constitución, para encontrar esas posibles contradicciones.

En un Estado constitucional, en resumidas cuentas, el juez debe dejar de ser la boca de la Ley, y “...tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en ‘cerebro y boca de la Constitución’”⁴⁸⁸.

En el tema que nos ocupa en este trabajo: la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, si se aplica la tesis de la función declarativa de la actividad del juez, visión propia del Estado legal de derecho, se tendría como resultado una represión insoslayable y hasta evidentísima del médico que ayuda a quien solicita su propia muerte. No se debería considerar en la solución de ese problema, ni la interpretación del sentido y el valor del caso, peor aún el juez debería preocuparse de buscar una regla idónea para solucionarlo, conforme las direcciones y resultados adoptados según esa comprensión. El

⁴⁸⁶ Ibídem. Pág. 137.

⁴⁸⁷ ÁVILA, Ramiro. *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*. Ob. Cit. Pág. 21 – 22.

⁴⁸⁸ Ibídem. Pág. 30.

juez debería pensar: la ley manda a castigar a quien causa la muerte de otra persona y eso debe suceder. El juez no debería aplicar principios constitucionales.

No obstante, como el Ecuador se ha convertido en un Estado constitucional el juez penal debe proceder de otra forma. El juzgador, al enfrentarse al problema de la determinación de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, deberá entender los sentidos que se le pueden otorgar a esta conducta. Una vez realizada esa operación, deberá escoger entre esos sentidos aquél que según su visión es el más adecuado. Obviamente se presentaran como opciones aquella noción que establece que la eutanasia pasiva es un atentado contra la vida, y que el Estado debe proteger ese derecho; frente a ella también se presentará la noción que considera que la decisión de terminar con la propia vida se ampara en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, y por tanto el Estado no puede limitar con una norma penal esa conducta.

Al encontrarse dos o más sentidos que se relacionan con principios constitucionales, el juez penal deberá realizar una ponderación para establecer la relación de precedencia entre ellos. Una vez que adopte uno de los principios y consiguientemente uno de los sentidos, deberá dilucidar sobre el valor de la eutanasia pasiva. Finalmente, según la direcciones y los resultados de esa comprensión, podrá escoger la regla adecuada para solucionar el problema.

2) En el Estado de derechos, todos los poderes del Estado, incluso el constituyente, están sometidos y limitados por los derechos⁴⁸⁹, y de esta forma, ningún juez puede aplicar una norma penal contraria a ellos. Una conducta semejante sólo se podría justificar en un Estado legal de derecho, pues en él, exclusivamente la Ley somete a los poderes públicos, y consiguientemente los jueces pueden irrespetar los derechos humanos aplicando normas que los contradigan, pues sólo le deben de fidelidad a una norma: la ley.

Por lo tanto, en el Estado de derechos, el juez penal al enfrentarse al dilema de la punición o la impunidad de la eutanasia pasiva, debe examinar si el castigo de esta

⁴⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 29.

conducta con la norma que sanciona el homicidio, vulnera algún derecho, pues de ser así, su facultad de sancionar podría estar limitada por él. Esto por cuanto, si existe tal vulneración, frente al derecho vulnerado existirá siempre el principio que manda a proteger la vida, tipificando conductas como el homicidio, para proteger ese bien; de esta manera, la facultad de sancionar penalmente subsistirá, según prevalezca uno u otro principio.

La precedencia entre esos dos principios debe ser establecida a través de una ponderación, pues ésta es la operación jurídica óptima para solucionar las colisiones entre este tipo de normas.

Según este análisis, se puede concluir que la determinación de la responsabilidad penal en un Estado de derechos, en algunos casos, puede conducir a una ponderación de principios.

Por otro lado, el Estado de derechos, como afirma Ramiro Ávila, nos remite a una concepción del Estado desde dos perspectivas: la pluralidad jurídica y la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado⁴⁹⁰, y es precisamente la primera perspectiva la que nos manda a considerar los principios constitucionales al administrar justicia.

Contrario a la idea de pluralismo jurídico, en el Estado legal de derecho se considera al sistema jurídico formal como el único que existe y es válido, de tal forma que la única fuente del derecho es la ley. De la aplicación exclusiva de su texto, previsto en forma de reglas (no como principios), se obtiene la seguridad jurídica⁴⁹¹. En el Estado Legal de Derecho:

“Las reglas se condensan en un código sustantivo que impide que el juez haga algo más allá de lo previsto en el texto jurídico. La ley, en todo el territorio nacional, dice qué es lo que debe hacer el Estado, qué es lo que no deben hacer las personas y qué es lo que debe aplicar el juez. Esto es la seguridad jurídica: las conductas obligadas, permitidas y

⁴⁹⁰ *Ibidem.* Ídem.

⁴⁹¹ *Ibidem.* Pág. 30.

prohibidas están predeterminadas y las personas saben a qué atenerse. De lo contrario, de existir otras fuentes de derechos, se provocaría un sistema inseguro y arbitrario. No conviene, por tanto, admitir otras fuentes del derecho porque generaría caos y confusión.”⁴⁹².

En el Estado Constitucional, en cambio, el pluralismo jurídico exige que se consideren otras fuentes de derecho al juzgar, no sólo la ley sino también los principios. Estos principios, como afirma Ramiro Ávila, no se pueden aplicar automáticamente en las sentencias, pues no tienen un supuesto de hecho y una conclusión. Ellos deben aplicarse a través de un proceso complejo de argumentación jurídica del cual deriven normas que sí tengan una causa y un efecto: un supuesto de hecho y una conclusión⁴⁹³.

La aplicación de los principios en la actividad judicial, tal y como manda el pluralismo jurídico, nos llevaría al mismo proceso sugerido anteriormente: la ponderación de principios.

3) Finalmente, en un Estado de justicia “...al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia.”⁴⁹⁴. La aplicación de cualquier norma integrante del sistema jurídico (tanto reglas como principios) debe dirigir a ese resultado; y, el juez debe actuar de la siguiente manera: “Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio.”⁴⁹⁵.

En el Estado de justicia, así como las reglas contrarias a los principios previstos en la constitución son inválidas, y los jueces no pueden aplicarlas a la solución de los casos puestos en su conocimiento, sino que deben optar por otras reglas; las normas del sistema jurídico que sean injustas, también son inválidas, y los administradores de justicia tampoco pueden utilizarlas para solucionar los conflictos. Esto se debe a que en este modelo de Estado la validez no sólo se vincula con la coherencia de las reglas con los

⁴⁹² *Ibidem.* Ídem.

⁴⁹³ *Ibidem.* Pág. 31.

⁴⁹⁴ *Ibidem.* Pág. 25.

⁴⁹⁵ *Ibidem.* Ídem.

principios, sino también con la coherencia de las normas (tanto reglas como principios) con la justicia⁴⁹⁶.

De esta forma, al analizar la responsabilidad penal en la eutanasia pasiva, el juez deberá examinar si la norma penal que manda a punir el homicidio, en ese caso en concreto es contraria a algún principio constitucional. Para llegar a esa conclusión, necesariamente deberá ponderar el principio presuntamente vulnerado con el deber de proteger penalmente el derecho a la vida, que subyace a la existencia de la norma penal que castiga el homicidio y estará en colisión con aquél.

Si el juez concluye que en ese caso el tipo penal del homicidio vulnera el principio contrario al deber de proteger la vida, no podrá aplicar esa regla, y al encontrarse dilucidando sobre la responsabilidad penal de una persona, deberá aplicar la norma que prevé que nadie puede ser sancionado por un hecho no previsto en la ley como infracción.

Esta regla deberá aplicarse por cuanto la conducta examinada no se enmarca en el tipo, ya que la norma que prevé que el Ecuador es un Estado de justicia, la excluye. Al no estar permitida la aplicación de la regla que sanciona el homicidio por el mandato de esa norma constitucional, deberá interpretarse que el contenido de ese tipo penal comprende otras conductas, pero no la excluida.

Esta solución (la ponderación de principios), según mi criterio, manifestará también la existencia de un resultado justo arrojado por la aplicación de la regla, pues no hay mayor justificación de la conformidad de una regla con este valor, que su correspondencia con los derechos humanos.

1.2.2. Según el nuevo modelo del principio de legalidad penal⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 26.

⁴⁹⁷ YACOBUCCI, Guillermo. *Interpretación constitucional y legalidad penal*. En: BALBÍN, S. CINCIARDO, J. FLORES, A. IBARLUCÍA, E. LEGARRE, S. Et. Al. *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*. Coordinador: CINCIARDO, Juan. Primera Edición. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires – Argentina. 2006.

En el Estado Legal de Derecho, el Derecho Penal tuvo una cultura de legalidad extrema tal, que el modo de entender la ciencia penal, la tarea del jurista y la función de la política criminal se vieron marcadas trascendentalmente. Así lo sostiene Yacobucci, quien dice que:

“En este esquema, el juez tiene una tarea más bien mecánica, pues enfrenta una acción o hecho y debe, sin mayores interferencias valorativas, considerar si ese hecho es el mismo que en abstracto describe el tipo. A su vez el dogmático hace ciencia del derecho a través de una reflexión sobre los contenidos del tipo, pero sin ingresar en el estudio de las finalidades político criminales que justificaron su construcción particular.”⁴⁹⁸

Finalmente, nos dice esta autor, que en el esquema del Estado legal de Derecho la política penal tiene reservada exclusivamente para sí el ámbito del análisis axiológico y las propuestas axiológicas para la lucha contra el crimen⁴⁹⁹.

Estas características del antiguo paradigma del Derecho Penal, se debieron a la forma que adquirió el principio de legalidad bajo el orden social, jurídico y político de ese tiempo. Según el principio de legalidad del viejo derecho penal liberal, sólo las leyes podían establecer los delitos y las penas, siendo la facultad exclusiva del soberano decretarlas mediante normas abstractas y generales, y la función del juez aplicarlas cuando se le presente un hecho que encuadre en la previsión de la norma penal, ateniéndose estrictamente al tenor literal de la ley, de tal forma que su “...sentencia absuelva cuando la ley misma absuelva, y sólo podrá condenar cuando la misma ley condene.”⁵⁰⁰. El juez es la “boca de la ley” y no puede introducir ningún tipo de valoración en su actividad de juzgar los delitos.

En el Estado Legal de Derecho, la actividad del juez penal no es nada creativa. Si la interpretación de la ley se dejara en sus manos se modificaría la titularidad de la soberanía, desplazándola de quien es el depositario de las voluntades individuales: el legislador. El juez penal tan sólo debe hacer un silogismo perfecto en el cual la premisa mayor será la ley penal general y abstracta, la premisa menor la acción que se juzga, y

⁴⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 384.

⁴⁹⁹ *Ibíd.* Ídem.

⁵⁰⁰ *Ibíd.* Pág. 378. Éste a su vez de: FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Zaffaroni y Hagemeyer. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina. 1989.

de ellas llegará a una conclusión en la cual se tenga como consecuencia la libertad o la pena.

El culto a la ley es extremo. Se la respeta por el simple hecho de que esté positivizada; en nada interesa su contenido material, ella es válida por haber cumplido los requisitos formales para su promulgación y punto. La configuración de las normas penales sólo tenía que pasar por el *test de pedigrí*: si había sido "...producto del órgano legislativo y estaba conforme al procedimiento, y tanto la autoridad y el trámite estaban contemplados en la norma, se presumía su validez y tenía que ser cumplida"⁵⁰¹; el juez no podía examinar el contenido de la ley.

"Las palabras de Hobbes que indican que no hay nada bueno o malo, justo o injusto por naturaleza, sino que esta cualidad depende de la previa determinación del poder político, resonarán por siglos después de la afirmación de Kelsen en igual sentido: la ley puede tener cualquier contenido, no es que lo malo o injusto determine la imputación de consecuencias negativas, sino por el contrario, son éstas las que permiten identificar la contradicción de los comportamientos. En consecuencia, la *autoritas*, no la *veritas*, hace la ley."⁵⁰².

La ley se aplicaba aún cuando sea injusta.

Una nueva visión de la dogmática penal influida por un nuevo orden social, político y jurídico rechaza la aplicación exclusiva del tenor literal de la ley del viejo sistema⁵⁰³. Por el contrario, manda a tomar en cuenta criterios materiales en la interpretación de la ley, teniéndolos siempre presentes como punto de partida y límite máximo de toda interpretación al texto de la ley⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ ÁVILA, Ramiro. *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*. Ob. Cit. Pág. 52.

⁵⁰² YACOBUCCI, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 380.

⁵⁰³ Debo recalcar que este nuevo paradigma no implica que el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (no hay crimen, no hay pena sin ley previa) se deba olvidar, pues es un mecanismo indispensable para frenar el autoritarismo y forma parte de los principios del garantismo penal. El nuevo paradigma tan sólo cambia el método de interpretación de la ley del antiguo Derecho Penal y rechaza la excesiva fidelidad a la ley y el olvido de los principios constitucionales materiales.

⁵⁰⁴ *Ibidem*. 384 – 385.

“La noción de sujeción a la ley, que está en el fundamento tradicional del concepto de Estado de derecho, si bien mantiene el valor de evitar la arbitrariedad del poder, requiere hoy además la integración de los principios jurídicos con contenido material. La ley, en esta perspectiva, es solo una parte del derecho y el legislador, el juez o el dogmático necesitan una comprensión total del sistema u orden jurídico, no sólo de la ley formalmente apreciada.”⁵⁰⁵.

El error del viejo paradigma del Derecho Penal era tratar a la norma penal como una norma aislada de todo el ordenamiento jurídico. No se comprendió que ella forma parte de un sistema que tiene en su vértice una Constitución, que como Ley suprema determina el contenido que deben tener todas las normas que se le infra ordenan. El nuevo concepto material de la legalidad penal implica que “...además de entender a la ley como instrumento imperativo, debe recurrirse a principios axiológicos surgidos de los valores superiores del orden constitucional que operan primordialmente en la instancia interpretativa. Se puede hablar en estos supuestos de la búsqueda de juridicidad.”⁵⁰⁶.

Este nuevo concepto del principio de legalidad adquiere aún más vigencia en nuestro país, si se toma en cuenta que el método deductivo del simple silogismo del viejo Derecho Penal afectaba la justicia particular del caso, con el sólo objeto de mantener la coherencia con el sistema que manda a aplicarlo –según dijo Roxin⁵⁰⁷ –, pues, al habernos constituido como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el juez debe verificar que sus decisiones “...guarden conformidad en el plano normativo con los

⁵⁰⁵ Ibídem. Pág. 394.

⁵⁰⁶ Ibídem. 389 – 390. Ferrajoli, en un sentido más restringido al que aquí expongo, ha sugerido que el principio de legalidad debe ser reformulado y precisado mediante la adición de una condición respecto del principio de mera legalidad *nullum crimen sine lege*. Según él, los principios materiales de justicia previstos en la Constitución deben ser considerados al momento de juzgar, pero para determinar la validez de la norma penal. En ese sentido, el juez estaría obligado a aplicar la ley penal sí, pero la que esté conforme con la Constitución. “Para que la previsión de un hecho como delito por parte de una ley sea suficiente para que el juez lo considere como tal, en un estado de derecho es necesario que la ley sea, además de vigente, también válida, es decir, conforme a sus normas superiores tanto en el orden formal como sustancial. Sólo una ley (que el juez considere) válida comporta para él la obligación de aplicarla, es decir, de calificar y castigar como delito el hecho previsto por ella.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Pág. 876. La posición que aquí expongo sobre la vinculación del juez penal y la constitución al momento de juzgar, va más allá: permite la interpretación de las conductas que son punibles o no, es decir, faculta al juez a determinar el contenido del tipo penal conforme los derechos humanos y demás prescripciones constitucionales. No se limita a la inaplicación de una norma penal por su inconstitucionalidad, sino que consiste también en la determinación del contenido del tipo penal conforme las prescripciones constitucionales.

⁵⁰⁷ YACOBUCCI, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 385.

principios y, en el plano axiológico, con la justicia.”⁵⁰⁸. En este paradigma de Estado, a diferencia del Estado Legal de Derecho⁵⁰⁹, a la norma penal le son oponibles otras fuentes del Derecho, pues se acepta el pluralismo jurídico y por tanto la ley no es la fuente única e irresistible.

Es más, el nuevo perfil del constitucionalismo es contrario a la concepción que se tenía del principio de legalidad como el mandato del crudo e irrestricto respeto a la ley, que posiciona a esta norma como la fuente suprema que puede ser contraria a los preceptos constitucionales y aún así debe seguir siendo observada⁵¹⁰. Esta concepción propia del Estado Liberal de Derecho contradice los principios del Estado Constitucional. El nuevo perfil del constitucionalismo implica, entre otras cosas⁵¹¹, según Luis Prieto Sanchís, “...más principios (constitucionales) que reglas (legales)...”, lo cual “...no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios o derechos fundamentales, sino que éstos han

⁵⁰⁸ ÁVILA, R. DÁVALOS, M. SILVA, C. MORALES, J. PÉREZ, N. Et. Al. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Editor: Ávila, Ramiro. Primera edición. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008. Pág. 28.

⁵⁰⁹ Gustavo Zagrebelsky dice que el principio de legalidad en el Estado Liberal de Derecho “...expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior <<razón de Estado>>, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)”. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 24.

⁵¹⁰ Recuérdese lo que sucedió en el Ecuador con el tipo penal del homosexualismo: se sabía que su tipificación era contraria a la Constitución y aún así se castigaba a quienes hacían públicas preferencias sexuales distintas a la heterosexual. Claro que existieron motivos de orden moral y religioso que fomentaron el respeto irrestricto de esa norma penal, pero eso no justifica que los jueces jamás hayan aplicado la Constitución dejando impunes esos delitos. Ellos se ampararon en el mandato de una norma supuestamente santa e inviolable en materia penal (la ley), violando frontalmente la Ley Fundamental ¿Acaso ellos no son garantes de la vigencia de los derechos constitucionales? Pensaron que escudados en el principio de legalidad se podía justificar la vigencia de una ley penal inconstitucional, como si este principio mandara a tener un respeto insano de la ley, incluso a costa de la violación de la Ley de leyes. El Estado constitucional implica, entre otras cosas, una limitación y control de todos los poderes - incluido el legislativo - donde no haya una absoluta e incondicionada supremacía de la ley. El rasgo definitorio del Estado constitucional es precisamente el control de constitucionalidad de las leyes. El Estado constitucional corrige los errores del Estado Liberal de Derecho, pues somete la ley al control de la Constitución, de tal forma que la llamada santidad de la ley, por la cual se concebía a esta norma como “fuente suprema y casi única”, se encuentra en crisis. La Ley ha pasado a ser una fuente subordinada y sometida al control de constitucionalidad llevado a cabo por los jueces. Cfr. PRIETO, Luis. *Ley, principios, derechos*. Pág. 32-34.

⁵¹¹ Al respecto este autor cita las palabras de Alexy quien dice que el perfil del constitucionalismo contemporáneo implica “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legisladores; y más Constitución que ley”. Cfr. PRIETO, Luis. *Ley, principios, derechos*. Pág. 35, quien a su vez toma ese pensamiento de R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, Trad. De J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 160.

de ser tomados en consideración y que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso.”⁵¹².

Inclusive, en el nuevo paradigma del Estado Constitucional, juez penal, además de interpretar la ley penal conforme los principios constitucionales, puede inobservarla “...por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora”⁵¹³.

Conforme todas estas precisiones anotadas, la aplicación de la teoría de la tipicidad conglobante en el análisis de la responsabilidad penal adquiere legitimidad, bajo este aspecto, pues no implica, como podría entenderse, una violación al principio de legalidad por la introducción de valoraciones en el examen de la tipicidad, sino por el contrario, la aplicación del nuevo modelo del principio de legalidad vigente en el neoconstitucionalismo.

II. Otros posibles criterios penales para el análisis de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva⁵¹⁴.

⁵¹² PRIETO, Luis. *Ley, principios, derechos*. Pág. 35-36.

⁵¹³ ÁVILA, Ramiro. *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*. Ob. Cit. Pág. 56.

⁵¹⁴ Dejo a un lado todos esos criterios que no se vinculan con la teoría del delito, sino con la política criminal y que abundan en la doctrina, como los que buscan dejar impune la eutanasia en base a los móviles del que ayuda al que desea morir y la falta de peligrosidad que ellos implicarían. Al respecto puede consultarse las posiciones de Enrique Ferri en VACA, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 28 - 29. También no considero aquí los criterios que, aún cuando tienen que ver con la teoría del delito, se fundamentan en elementos desarrollados por la doctrina y no previstos por nuestra legislación, tal como la inculpabilidad por la falta de concurrencia de la no exigibilidad de otra conducta según la teoría normativa de la culpabilidad; y, otros que podrían darse con fundamento en el cumplimiento de un deber como causa de antijuridicidad. Cfr. VACA, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 29 – 30. Respecto a la no exigibilidad de otra conducta, aún cuando considero muy contundentes los razonamientos que se puedan dar para solucionar el problema de la penalidad de la eutanasia, me mantengo firme en rechazarla debido a motivos legalistas. Esto por cuanto nuestro Código Penal en el Art. 32 ha adoptado la concepción psicológica de la culpabilidad, según la cual se debe exigir la concurrencia de voluntad y conciencia para que alguien sea culpable de sus actos. Dejar impune a alguna persona en base a la no concurrencia de la exigibilidad de otra conducta, según la concepción normativa de la culpabilidad, sería juzgar en base a criterios extralegales y vulnerar el derecho a la seguridad jurídica.

Además del criterio expuesto, existen otros que son aplicables al análisis de la responsabilidad penal del médico en la eutanasia pasiva. Esto resulta claro, pues la responsabilidad penal se determina por la concurrencia de todos los elementos del delito: antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad o la existencia de una conducta penalmente relevante, lo cual ofrece un rico ámbito por analizar.

Sin embargo, se debe considerar cada una de estas alternativas, primero para saber si son aplicables al caso ecuatoriano, y luego para juzgarlas como mejores o peores, si ofrecen una solución más rápida, menos tediosa y más convincente.

2.1. La influencia del consentimiento de la víctima, según Muñoz Conde.

El consentimiento de la víctima ha sido tratado ampliamente en la dogmática penal. Generalmente se ha sostenido que su concurrencia en el acto delictuoso constituye una causa que excluye la existencia del delito, basándose en máximas latinas que prescribían cosa semejante. En ese sentido, dichas máximas han querido ser utilizadas como motivos para justificar la impunidad de la eutanasia. Sin embargo, Luis Jiménez de Asúa ha comprobado que la máxima romana *Volenti et consentienti non fit injuria*, no puede referirse al homicidio. Al respecto ha dicho:

“Los comentaristas han debatido largamente sobre la significación y amplitud de esta máxima, y lo primero que se precisa es aclarar el concepto de injuria. El derecho penal romano expresaba con esta palabra una serie de lesiones personales, en el sentir de Mommsen y Hitzig. *Injuria* era la lesión jurídica intencional contra la persona en su cuerpo, en su situación jurídica, en su honor. ‘*Nulla injuria est, quae in volentem fiat*’, dijo el Digesto. El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de *injuria*; mas el homicidio cometido tras el consentimiento del sujeto pasivo no se estimó como *injuria*, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad.”⁵¹⁵.

No obstante, el que la máxima romana no sea aplicable no implica que deba abandonarse el necesario análisis de la dogmática penal al respecto.

⁵¹⁵ JIMÉNEZ, Luis. Ob. Cit. Págs. 421 – 422.

Muchos juristas relevantes han tratado sobre el tema, abundando los criterios al respecto. Considero que el autor que de mejor manera recoge esos pensamientos, es Francisco Muñoz Conde. El célebre penalista, haciendo un análisis de las implicaciones generales que tiene el consentimiento en la determinación de la responsabilidad penal, ha dicho que éste puede desplegar sus efectos en una triple vía: a) como causa de exclusión de la tipicidad del hecho; b) como causa de justificación; y, c) como causa de atenuación de la pena⁵¹⁶.

El consentimiento puede influir como causa de atipicidad, sostiene este Autor, pues la mayoría de tipos penales aluden, de forma directa o indirecta, a la ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico individual, o de la persona sobre la cual recae la acción, o bien suponen su existencia. De esta manera, si media el consentimiento, el hecho deberá ser considerado atípico, pues, en ese caso, no se puede lesionar el bien jurídico⁵¹⁷.

Esto tiene relevancia, en los tipos penales que protegen bienes jurídicos disponibles.

Por otro lado, el consentimiento puede ser también una causa de justificación, según Muñoz Conde, pues la protección penal se extiende hasta esos casos en los cuales el ordenamiento jurídico le permite a la persona ejercer su derecho a la autodeterminación, renunciando a sus bienes jurídicos. Así, cuando la persona entrega su consentimiento, disponiendo de ellos, se entiende que renuncia a la protección del Derecho Penal⁵¹⁸.

⁵¹⁶ ZAMORA, Rodrigo. *El consentimiento del ofendido en la eutanasia*. En: CANO, Fernando. DIAZ, Enrique. MALDONADO, Eugenia (Coord.). Ob. Cit. Pág. 18. Este a su vez utiliza la siguiente fuente: MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1996. P. 421. Como ya señalé, ésta no es la única exposición que existe sobre las implicaciones del consentimiento. Pero, según mi criterio, es la más didáctica, por lo cual la tomo en cuenta aquí. Ya han tratado sobre ella eminencias como Mezger, Soler, Jiménez de Asúa, entre otros. Cfr. JIMÉNEZ, Luis. Ob. Cit. Págs. 421 – 427.

⁵¹⁷ Según Jiménez de Asúa, lo que sucede entonces es que existe una falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata. “Claro que no hay violación si la mujer consiente...”, pues en ese caso, considero personalmente, no hay fuerza ni violencia, y “...en tal caso lo que se elimina con el consentimiento son los elementos del tipo; es verdad que si el propietario consiente en que otro se apodere de una cosa mueble no hay delito de hurto, pero es porque entonces la cosa ya no es ajena, y sobre todo, el agente ya no se apodera de ella ilegítimamente.” Cfr. JIMÉNEZ, Luis. Ob. Cit. Pág. 425.

⁵¹⁸ Sebastián Soler ha considerado que la eficacia del consentimiento debe deducirse de la forma y el motivo de la tutela del Estado sobre determinado bien jurídico, de tal forma que cuando esa tutela obedezca a la protección de un interés general o público, aún cuando simultáneamente proteja un derecho subjetivo privado, el consentimiento es ineficaz. De esta forma, rechaza la existencia de una facultad de disponer de la propia vida, por ser ésta de interés público. Cfr.

Por lo tanto, los límites de la protección penal se encuentran determinados por los casos en los que el ordenamiento jurídico permite renunciar a ella, en ejercicio del derecho a la autodeterminación.

Finalmente, según el mismo Autor, cuando los bienes jurídicos tutelados por la norma penal no son disponibles, el consentimiento de la víctima tan sólo será una causa de atenuación de la pena. Bajo esas circunstancias, el Estado deberá tomarlo en cuenta para tipificar la conducta en un tipo especial con una pena menor a la del tipo genérico, o tomar en cuenta esa circunstancia para sancionar con una pena mediana o mínima, de las permitidas por el rango establecido en la ley penal, al momento que el juez condene al sujeto activo.

Aún cuando el importante aporte del célebre penalista es contundente, debe ser analizado a fin de determinar si es aplicable en las circunstancias ecuatorianas, para la determinación de la responsabilidad penal en la eutanasia, pues es un supuesto imprescindible de esa circunstancia la concurrencia del consentimiento del titular del derecho a la vida.

En primer lugar, nuestra legislación no prevé entre las causas de justificación al consentimiento de la víctima, por lo cual sería ocioso siquiera pensar en la posibilidad de excluir la antijuridicidad y la sanción penal a partir de semejante razón ¿Cómo se podría incluir en el juzgamiento penal de un delito criterios doctrinarios o máximas romanas como la de *volenti non fit injuria*, cuando existen en nuestro sistema jurídico como pilar fundamental del Derecho Penal el principio de legalidad, y es más, cuando ellas no guardan relación histórica conceptual con estos casos?

En segundo lugar, sí se puede pensar en la atenuación de la pena al momento de sancionar el delito de homicidio, especialmente cuando las circunstancias atenuantes enumeradas en el Art. 29 de nuestro Código Penal son ejemplificativas, por lo cual, a pesar de no estar prevista, se la puede introducir. No obstante, este criterio nos permitirá

JIMÉNEZ, Luis. Ob. Cit. Pág. 425, y éste a su vez de: SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. El Ateneo. Buenos Aires – Argentina. 1940. Tomo I. Págs. 325 y ss.

graduar la pena únicamente, y no establecer la existencia de responsabilidad penal o no en el médico.

Finalmente, en lo que respecta a la tipicidad, en base al principio de legalidad, rechazo totalmente la idea de que se pueda argumentar que existen tipos penales que supongan tácitamente la ausencia del consentimiento del titular del bien jurídico. Es claro que en ciertos casos el consentimiento será causa de atipicidad, pero en esas circunstancias opera excluyendo los elementos característicos de la figura penal que se trate, como ha explicado Jiménez de Asúa. Bajo ningún respecto se puede decir que una conducta es atípica por la inexistencia de un elemento que se encuentra “tácitamente” incluido en la figura penal; en lo que se refiere a la tipicidad se ha de estar siempre al texto expreso de la Ley y la interpretación que de ella se deba dar, conforme a los principios constitucionales.

2.2. *El estado de necesidad como causa de antijuridicidad de la omisión del médico en la eutanasia pasiva.*

Enrique Gimbernat Ordeig⁵¹⁹ ha sostenido la tesis según la cual, la eutanasia consentida es un acto que no acarrea responsabilidad penal pues, en esas circunstancias, se estaría ante una causa de justificación.

Según este razonamiento, la eutanasia supone un estado de necesidad pues la lesión o violación del bien jurídico vida, devaluado en tanto su titular renuncia a él, es imprescindible para salvaguardar de la actual situación de peligro los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica, la dignidad humana, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, etc. En la eutanasia pasiva, la vida se sacrificaría, para la defensa masiva de esos bienes⁵²⁰.

A contrario sensu, sostiene el Autor, si el titular del derecho a la vida tiene voluntad de vivir y acude ante el médico para salvarse, recae sobre el galeno la obligación evitar su

⁵¹⁹ FARFÁN, Francisco. Ob. Cit. Pág. 204, éste a su vez de: GIMBERNAT, Enrique. *Eutanasia y derecho penal*. Estudios de derecho penal. Tecnos. 1981. Págs. 54-55.

⁵²⁰ *Ibidem*. Ídem.

muerte, según le sea posible, pues en ese caso no existe la colisión de los principios antes mencionados, ni por tanto una causa de justificación⁵²¹.

Esta tesis resulta inaceptable porque no establece ningún motivo para establecer la relación de precedencia entre la vida y los derechos salvaguardados, habida cuenta de que el estado de necesidad supone siempre el establecimiento de una relación de precedencia entre un bien de menor valor que aquel bien que se salva⁵²². No existe motivo para pensar que la vida pueda devaluarse por el simple hecho de que su titular haya renunciado a ella, sino que más bien resulta claro que toda vida, deseada o no, merece protección.

Finalmente, en nuestro sistema jurídico no existe un tratamiento tan amplio del estado de necesidad como para considerar que la eutanasia pasiva es uno de los casos cubiertos por esa causa de justificación. El Código Penal ecuatoriano, en su Art. 24, claramente establece: “No se impondrá pena alguna al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca un daño en la propiedad ajena....”, es decir, tan sólo prevé la posibilidad de lesionar la propiedad para salvar otro bien preponderante, no la vida para salvar otros fines.

En todo caso, si el estado de necesidad en nuestro país permitiese también la lesión de otros valores distintos a la propiedad, para salvaguardar uno e mayor valía, inevitablemente su aplicación remitiría a efectuar una ponderación entre el bien que se pretende salvar y aquel que se lesiona, a fin de establecer si en realidad existe precedencia entre aquel y éste.

De corte más moderno, aunque relacionado con el estado de necesidad, Edmundo Mezger⁵²³ ha formulado la figura del estado de necesidad suprallegal. “El principio de la valuación de los bienes jurídicos permite que cuando colisionan dos de ellos, y uno es

⁵²¹ *Ibidem.* Ídem.

⁵²² Al respecto señala la doctrina que la justificación del estado de necesidad se debe a la falta de daño social evidenciado en el menor valor del bien violentado respecto del que se salva. Cfr. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Traducción: Juan del Rosal y Ángel Torio. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. Buenos Aires – Argentina. 1960. Pág. 224.

⁵²³ JIMÉNEZ, Luis. *La ley y el delito*. Séptima edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires – Argentina. 1976. Pág. 320.

superior al otro, aunque no esté expresamente formulado en la ley se pueda justificar semejante conducta.”⁵²⁴. Sin embargo, personalmente me rehúso a tomar en cuenta una causa de justificación extraña al texto legal, para lograr la impunidad. Aún cuando se puede llegar mediante una serie de ponderaciones a establecer la relación de precedencia entre los principios en colisión en la eutanasia pasiva, me parece imposible establecer una causa de justificación basándose únicamente en esa precedencia, pues un estado de necesidad suprallegal inexistente en la legislación, no tendría ningún peso en la razón humana.

III. Determinación de la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva a través de la ponderación de los principios en colisión.

Al analizar la responsabilidad penal del médico frente a la eutanasia pasiva, conforme la fórmula planteada, es decir, según la ponderación de los principios en colisión, debería realizarse dos ponderaciones. Una entre el deber del médico de proteger el derecho a la vida y el derecho del paciente a negarse a recibir un tratamiento vital; y, otra que sólo se llevaría a cabo cuando en la primera ponderación se haya establecido la primacía del segundo derecho.

La segunda ponderación debería tomar en cuenta el principio que prime en el primer análisis, para enfrentarlo al deber estatal de proteger penalmente el derecho a la vida. Es por eso que, si en la primera ponderación prima el deber del galeno de proteger el derecho a la vida, evidentemente no tendrá sentido ponderar este principio con el deber del Estado de proteger el derecho a la vida, pues entre ellos no existe conflicto alguno.

En ese caso, no habrá otra salida que declarar la responsabilidad penal del médico que ha intervenido en la eutanasia pasiva, pues sería imposible excluir su conducta del tipo penal del homicidio, alegando la constitucionalidad de su actuación y su exclusión del tipo penal de homicidio, de conformidad con la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni.

⁵²⁴ *Ibidem.* *Ídem.*

En cambio, si en la primera ponderación prima el derecho del paciente a negarse a recibir un tratamiento vital, existen dos posibilidades: 1) en la ponderación de ese derecho con el deber estatal de proteger penalmente la vida, puede primar el primer principio, y por lo tanto, se puede alegar la constitucionalidad de la actuación del médico excluyendo su conducta del tipo penal del homicidio y absolviéndolo de responsabilidad penal; o, 2) en esa ponderación puede primar el segundo principio, y se debería declarar la responsabilidad penal del médico en ese caso.

No obstante, se puede simplificar todo este proceso de ponderaciones de principios, estudiando la constitucionalidad de una norma hipotética que sancione penalmente al médico en el supuesto de la eutanasia pasiva. Para ello, se realizará un análisis de esa medida conforme los subprincipios de idoneidad y necesidad del principio de proporcionalidad, y se introducirá en la ponderación realizada en el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, tanto el deber estatal de proteger penalmente el derecho a la vida como el deber del galeno de proteger ese derecho.

Sólo así se llevará a cabo una ponderación que se sustraiga a las críticas expuestas por Ignacio Villaverde Menéndez⁵²⁵ (la falta de consideración de los límites constitucionales de los derechos en la solución); y, se obtendrá el mismo resultado con mayor sencillez y sin recurrir a un análisis aburrido y enmarañado.

Antes de realizar dicha ponderación, recordemos que el principio de proporcionalidad puede ser de dos tipos: el del mandato de prohibición por exceso y el del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente⁵²⁶. El análisis propuesto pertenece al mandato de prohibición por exceso, pues lo que se busca determinar es si con la acción evaluada - la tipificación del auxilio del galeno en la eutanasia pasiva - se violan derechos constitucionales distintos al derecho a la vida, que evidentemente se protegería con esa norma hipotética. No se trata de ver si la protección de ese derecho, con ese medio penal es insuficiente, tampoco si es una omisión de una protección necesaria y adecuada.

Hechas estas precisiones, realicemos pues el análisis propuesto.

⁵²⁵ *Vid. supra* Cap. III, título IV, apartado 4.4.

⁵²⁶ *Vid. supra* Cap. III, título VI.

Como ya quedó indicado, el primer paso del examen del principio de proporcionalidad es descubrir la finalidad de la medida evaluada y constatar su validez constitucional, a la luz de las prohibiciones que según la Ley Fundamental ésta pueda tener⁵²⁷.

Una norma que sanciona penalmente al médico que presta su auxilio en la eutanasia pasiva, evidentemente tendrá como fin mediato la protección del derecho a la vida⁵²⁸, y como fin inmediato el que los médicos no vulneren este derecho, sino que lo protejan aún cuando una persona decida morir y les solicite su ayuda.

El derecho a la vida está constitucionalmente reconocido constitucionalmente en el Ecuador, por lo tanto, a primera vista, el fin inmediato de la medida es válido constitucionalmente.

No obstante, la legitimidad de ese fin se enfrenta a una prohibición implícita, según la cual el respeto a la dignidad humana, entendida como autonomía personal, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como libertad general de actuación, prohíben que se irrespete una decisión libremente adoptada sobre un hecho de la vida como la muerte.

Entre el derecho a la vida, que juega a favor del fin inmediato, por un lado, y la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, por el otro, existe una antinomia, pues de esos principios se derivan consecuencias incompatibles y orientaciones diversas que no pueden observarse al mismo tiempo. Mientras el derecho a la vida manda que en la eutanasia pasiva el médico proteja la vida de su paciente, aún cuando éste haya decidido morir, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad le compelen a respetar esa decisión y permitir que la muerte sobrevenga.

⁵²⁷ *Vid. supra* Cap. III, título VI, apartado 6.1.

⁵²⁸ Esto aún cuando, como quedó establecido, el derecho a la vida implica una supervivencia con ciertas condiciones de dignidad; y, como la autonomía personal es una de esas condiciones, obviamente no se violaría el derecho a la vida con esta medida, según esa visión. No obstante esta precisión, analizo el siguiente paso del test para encontrar más motivos en contra de la medida evaluada.

Esta prohibición implícita impuesta por los principios de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, es derrotable o *prima facie*, ya que puede dejar de tener efecto, pues admite ser ponderada con los principios que juegan a favor de la legitimidad de la medida estatal evaluada, e inclusive puede ceder ante éstos cuando se concluya su precedencia. De esta forma, tal y como quedó indicado en este trabajo⁵²⁹, debemos considerar que la finalidad de la medida estatal evaluada es legítima debido a la presunción de constitucionalidad de los fines del legislador, difiriendo la ponderación entre los principios de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad con el derecho a la vida y los demás principios que sustenten el fin legislativo, hasta el examen del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

Una vez que ha sido determinada la validez constitucional de la finalidad perseguida con la medida evaluada, podemos pasar a evaluar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

Para examinar la idoneidad de una hipotética norma penal que sanciona al médico que interviene en la eutanasia pasiva, respecto al fin inmediato planteado, es decir, la capacidad de fomento que esta medida tiene respecto a ese fin, debemos tomar en cuenta el estado de cosas actual respecto al que existía con anterioridad a la adopción de la medida evaluada, como quedó explicado⁵³⁰. De esta manera, la tipificación de esa conducta será idónea si conduce a un estado de cosas en el cual la protección del derecho a la vida por parte del médico, aún cuando su paciente desee morir (fin inmediato), se ve aumentada de alguna forma respecto al momento en el que no había esa prohibición.

Examinemos entonces la idoneidad de la medida evaluada.

Las normas penales, según Ferrajoli⁵³¹, tienen una doble función: proteger a las personas de las violaciones de sus derechos humanos, estableciendo sanciones atribuibles a las conductas que los lesionen; y, evitar que los ofendidos por un delito tomen justicia por mano propia, vengándose.

⁵²⁹ *Vid. supra* Cap. III, título VI, apartado 6.1.

⁵³⁰ *Vid. supra* Cap. III, título VI, apartado 6.3.

⁵³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ob. Cit. Pág. 335.

Es conforme a la primera función que las penas previstas en las normas penales se presentan como un "... contraimpulso (controspinta) que se opone al impulso psíquico (spinta) a delinquir"⁵³². La amenaza de la pena que todo tipo penal tiene, produce en los hombres una coacción psíquica cuyo fin es precaver la comisión de delitos, es decir, hacer una prevención general de los mismos⁵³³; y, como el delito se instaura para proteger un bien jurídico que la conducta delictiva lesiona, y dicho bien jurídico puede ser un derecho humano, con la pena se precave las vulneraciones por parte de terceros a los derechos tutelados por la norma.

Por lo tanto, al menos según la doctrina jurídica, una norma penal que sancione al médico que interviene en la eutanasia pasiva sí fomenta la realización del fin propuesto: que los médicos no vulneren el derecho a la vida, sino que lo protejan, aún cuando su paciente haya decidido morir. Entonces, la protección del derecho a la vida, en ese estado de cosas, sí se vería aumentada respecto al estado de cosas anterior, en el cual no había esa prohibición.

Sin embargo, esta capacidad teórica de fomento puede ser en el acontecer diario una quimera, pues la experiencia nos dice que aún cuando muchas conductas se hallan prohibidas por tipos penales, dichas normas no se respetan del todo, siendo ineficaces. Estaríamos, en esos casos, frente a normas que son válidas pero ineficaces.

Ese fenómeno es posible, debido a que la validez y la eficacia de una norma son dos conceptos que no se relacionan como causa y efecto, de tal forma que toda norma válida deba ser siempre eficaz. Por el contrario, queda claro según la doctrina, que existen muchas normas que aún siendo válidas son ineficaces⁵³⁴.

⁵³² ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 21. Este autor atribuye esas palabras a Romagnosi, sin embargo no hace cita de la fuente.

⁵³³ *Ibidem*. Ídem.

⁵³⁴ Una norma puede ser válida sin ser eficaz, según Bobbio. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Traducción de Jorge Guerrero. Segunda edición en castellano. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1992. Págs. 20-24. Cita textual tomada de SALGADO, Hernán. Ob. Cit. Pág. 114.

No obstante, el principio de idoneidad exige que la medida evaluada facilite su realización en cualquier modo, de tal forma que la medida puede tener mayor, menor o igual idoneidad que otra medida; mejor, tan bien o peor que otra; o, una idoneidad de mayor, menor o igual grado de probabilidad que otra medida⁵³⁵.

La norma penal es el mecanismo del Estado que se presenta como *ultima ratio* para proteger derechos humanos⁵³⁶, por lo que se podría decir que es el mecanismo más eficaz para ese fin, y por lo tanto, que lo fomenta de algún modo.

Decir que una norma es ineficaz no significa que nadie la cumple. La eficacia es un concepto gradual que mide el grado de aceptación y de cumplimiento real de una norma en una sociedad⁵³⁷. Se puede constatar que hay normas "...que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen por lo general solo cuando van acompañadas de coacción; que otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que se violan sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces)."⁵³⁸.

Aún cuando una prohibición penal como la analizada tenga un grado de ineficacia, realizará el fin inmediato de alguna forma, aunque sea en cierta medida, con poca calidad, o con poca probabilidad, pues ella es el mecanismo más poderoso que tiene un Estado para proteger los derechos.

Conforme ese análisis, y por cuanto el principio de proporcionalidad está estructurado con subprincipios que funcionan como las esclusas por las cuales tiene que pasar un barco, una vez establecido que la medida evaluada es idónea para el cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo, debemos pasar a examinar dicha medida de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

⁵³⁵ *Vid. supra* Cap. III, título VI, apartado 6.3.

⁵³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Barcelona – España. 2003. Pág. 6.

⁵³⁷ DÍAZ, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. 2ª edición. Editorial Taurus. Madrid – España. 1984. Pág. 56. En: *Textos básicos de teoría del Derecho*. Edición a cargo de Francisco Roig. Universidad Carlos III de Madrid. 1994. Cita textual tomada de SALGADO, Hernán. Ob. Cit. Pág. 116.

⁵³⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Cita textual tomada de SALGADO, Hernán. Ob. Cit. Pág. 112.

El principio de necesidad establece que la medida evaluada debe ser aquella que logre la satisfacción del fin constitucionalmente legítimo con el menor sacrificio o restricción del principio constitucional vulnerado, entre todas las medidas que tienen igual o mejor idoneidad para fomentar la consecución de ese objetivo⁵³⁹.

Esto implica, como se dijo, que se considere, por un lado, la medida estatal adoptada, su idoneidad para el cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo, y la intensidad de la intervención en el derecho vulnerado; y, por otro, las medidas alternativas propuestas por el afectado, los especialistas, los legisladores, las ONGS y otros, su idoneidad para el cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo, y la intensidad de la intervención en el derecho vulnerado⁵⁴⁰.

Una vez que se han considerado esos parámetros, se debe realizar el subexamen de igual idoneidad y el subexamen de menor lesividad, es decir determinar si las medidas alternativas tienen una igual idoneidad que el medio adoptado, y si la intensidad con la que las medidas alternativas intervienen en el derecho vulnerado es igual, menor o mayor que aquella, respectivamente. Sólo entonces se podrá determinar cuál es la medida más benigna, la medida adoptada o alguna de las medidas alternativas.

Realicemos este proceso.

En la doctrina, una propuesta alternativa a la tipificación penal de la eutanasia fue creada por Luis Jiménez de Asúa. Ese célebre maestro del Derecho Penal sostuvo que la única solución correcta al problema de la eutanasia, es el perdón judicial⁵⁴¹. Dicha fórmula fue adoptada por varias legislaciones de distintos países.

El perdón judicial consiste en que el juez, respecto de toda infracción y no únicamente respecto al homicidio producido en la eutanasia, tiene la facultad de perdonar su pena, siempre y cuando el sujeto activo del delito revele sociabilidad de los motivos y nulo

⁵³⁹ *Vid. supra* Cap. III, título VI, apartado 6.5.

⁵⁴⁰ *Ibidem*. Ídem.

⁵⁴¹ JIMÉNEZ, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. Ob. Cit. Págs. 436-438.

estado peligroso⁵⁴². Es decir, aún cuando la acción sea delictiva, el juez, examinado esos dos requisitos, tiene la facultad de perdonarla.

Dicho perdón judicial no se trata de una excusa legal absolutoria, de tal modo que el juez deba perdonar inexorablemente el delito cuando sobrevengan los requisitos de sociabilidad de los motivos y nulo estado peligroso. Por el contrario, el perdón judicial que propone Jiménez de Asúa es un beneficio puesto en manos del juez, quien puede o no concederlo según su arbitrio⁵⁴³. Claramente dice el autor que no se trata de un perdón legal, sino de un perdón judicial⁵⁴⁴, por lo tanto, no es la ley la que perdona como en la excusa legal absolutoria, sino el juez.

¿Tiene el perdón judicial igual idoneidad para proteger el derecho a la vida? ¿Cumple con igual intensidad los criterios de eficacia, temporalidad, realización del fin y probabilidad, expuestos en este trabajo⁵⁴⁵, según los cuales se evalúa ese parámetro?

En primer lugar, el perdón judicial es menos eficaz que la tipificación de la eutanasia pasiva, pues presenta a los ojos de los destinatarios de las normas penales una remota aunque probable posibilidad de no verse sometidos a una pena. Por lo tanto, la coacción psicológica de la sanción ha perdido cierto grado de eficiencia.

Una persona frente a la prohibición penal de la eutanasia pasiva diría: mi conducta será sancionada con tantos años de prisión, y no hay medio para evadir esa retribución, por lo tanto no debo dejar morir. En cambio, frente a la medida del perdón judicial diría: mi conducta, si bien está sancionada con prisión, puede ser perdonada por el juez, y en ese caso saldré indemne.

En el primer caso, la sanción es segura e inevitable, en el segundo, al menos existe un resquicio por el cual se puede huir de la sanción penal. De esa forma, en la mente del ciudadano, el efecto disuasorio de la pena es menor.

⁵⁴² *Ibidem*. Pág. 437.

⁵⁴³ *Ibidem*. Pág. 438.

⁵⁴⁴ *Ibidem*. Págs. 436-437.

⁵⁴⁵ *Vid. supra* Cap. III, título VI, apartado 6.5.

Por lo tanto, este medio alternativo es menos eficaz que la medida evaluada.

En segundo lugar, según el criterio de temporalidad, esto es, si la medida alternativa es tan o más expeditiva que la medida evaluada, el perdón judicial es menos idóneo. Esto por cuanto, aplicando los mismos razonamientos antes expuestos, si bien puede ofrecer el mismo resultado que la tipificación penal de la eutanasia pasiva, lo hará con menor facilidad, con más miramientos. Será más sencillo disuadir al médico de cooperar en la eutanasia pasiva con una pena que se presenta como cierta e inevitable, que con una pena que no tiene tanta certeza.

En tercer lugar, frente al criterio de la realización del fin, es decir, según la contribución del medio alternativo para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, el perdón judicial se presenta con igual eficacia en relación a la medida evaluada. Por ejemplo, uno de los aspectos relativos al fin de la protección de la vida es el cumplimiento de los médicos de su deber de respetar el derecho a la vida; el perdón judicial logra que los galenos cumplan con ese principio al igual que la medida evaluada, aún cuando lo haga en un menor grado, según las explicaciones antes dadas.

Finalmente, según el mismo argumento de la contundencia de la coacción psicológica de la punición probable en el perdón judicial, y cierta en la tipificación de la eutanasia pasiva, la medida alternativa evaluada tiene una eficacia menos probable.

En conclusión, luego de examinados estos parámetros, el perdón judicial propuesto por Jiménez de Asúa no tiene igual eficacia que la tipificación de la eutanasia pasiva, y por consiguiente, no es necesario seguir con el examen de menor lesividad, pues en el subprincipio de necesidad se busca una medida alternativa con igual idoneidad y menor lesividad, y la medida evaluada no cumple con el primer requisito. Consiguientemente, la medida evaluada es necesaria.

Es más, la fórmula propuesta por Luis Jiménez de Asúa es inaceptable. La rechazo rotundamente pues conlleva, a fin de cuentas, la atribución de una sanción penal en base

a la peligrosidad del reo, y por lo tanto, la adopción de un Derecho Penal de Autor⁵⁴⁶ contrario al Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el que vivimos, pues según Ferrajoli, aquel "...tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal."⁵⁴⁷.

En los sistemas penales subjetivistas en los cuales se sustenta el reproche penal no sólo en comportamientos determinados, sino en actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, peligrosidad o de hostilidad al ordenamiento más allá de la exteriorización de conductas delictivas concretas, se violenta el principio de la materialidad de la acción en el Derecho Penal⁵⁴⁸. En estos sistemas:

"...la subjetivización de las hipótesis normativas del delito, (...) no compromete sólo la estricta legalidad, sino que comporta también la subjetivización del juicio, confiado a criterios discrecionales de valoración de la anormalidad o peligrosidad del reo que inevitablemente disuelven el conjunto de las garantías procesales."⁵⁴⁹.

Todos estos argumentos conllevarían la inconstitucionalidad de la medida propuesta por Jiménez de Asúa.

Finalmente, una vez que la medida evaluada ha superado el análisis de los principios de idoneidad y necesidad, debemos pasar a examinar la proporcionalidad en estricto sentido. Para ello utilizaremos como herramienta metodológica la fórmula del peso de Alexy, pues, tal y como quedó señalado, ella hace más sencilla y adecuada la ponderación⁵⁵⁰. Más sencilla porque con ayuda de una fórmula matemática se puede guiar la actividad de ponderar, y más adecuada porque se consideran otras variables dejadas de lado por la ley de ponderación, refinándola.

Antes de aplicar esa fórmula, puesto que el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido implica que las ventajas que se obtienen de la intervención en un derecho

⁵⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ob. Cit. Pág. 100.

⁵⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 101.

⁵⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 100.

⁵⁴⁹ *Ibidem*. Ídem.

⁵⁵⁰ *Vid. supra* Cap. III, título VII, apartado 7.7.

humano deben compensar los sacrificios, daños o lesiones que dicha intervención supone para la satisfacción de otro bien o principio constitucional, debemos considerar primeramente los principios que juegan tanto a favor como en contra de la medida evaluada.

Juegan a favor de la tipificación de la conducta del médico que presta su ayuda en el supuesto de la eutanasia pasiva: el derecho a la vida; el principio que impone sobre el Estado el deber de proteger este derecho, mediante la sanción penal de las conductas que lo vulneran; y, el deber del médico de respetar el derecho a la vida, derivado de la doctrina de la *Drittwirkung der grundrechte*. En contra de esa medida juegan los principios de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad⁵⁵¹, y el deber del médico de respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derivado de la *Drittwirkung der grundrechte*.

Ahora, conforme este análisis, puesto que existen varios principios constitucionales en juego que deben ser considerados y no sólo uno en cada lado de la balanza, debemos utilizar la fórmula del peso extendida sugerida por Alexy⁵⁵².

Si asignamos a los principios en juego la siguiente nomenclatura: Pi, la dignidad humana; Pk, el libre desarrollo de la personalidad; Pm, el deber del médico de respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad; Pj, el derecho a la vida; Pl, el deber del Estado de sancionar penalmente las conductas que vulneren el derecho a la vida; y, Pn, el deber del médico de respetar el derecho a la vida, la fórmula tendrá la siguiente estructura:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times G_i \times S_i + I_k \times G_k \times S_k + I_m \times G_m \times S_m}{I_j \times G_j \times S_j + I_l \times G_l \times S_l + I_n \times G_n \times S_n}$$

⁵⁵¹ Recordará el lector que estos dos principios fueron trasladados al examen del subprincipio de proporcionalidad propiamente dicha, desde el examen de la legitimidad constitucional del fin de la medida evaluada.

⁵⁵² Vid. *supra* Cap. III, título III, apartado 3.2.

Determinemos primero el valor que a cada una de las variables de esta fórmula se debe asignar, en este caso concreto, para luego realizar el cálculo correspondiente.

II: la intensidad de intervención en la dignidad humana, es grave, es decir que equivale numéricamente a 4 según la escala triádica de Alexy, conforme la cual 1 corresponde a leve, 2, medio, y 4, grave⁵⁵³.

La dignidad, como se indicó en esta tesis, se compone de la autonomía y la libertad de la persona. La persona es digna porque crea sus propios fines; y, en ese sentido, su dignidad se vulnera cuando se le trata como un objeto, como medio para fines ajenos⁵⁵⁴.

Cuando el Estado impone una sanción al médico que presta su auxilio a quien desea morir, interrumpiendo u omitiendo prestar un tratamiento vital, desconoce la libre determinación del paciente, negándole al individuo su autonomía personal. Esto por cuanto, aún cuando el paciente ha decidido no someterse a un tratamiento médico, la norma penal ordena tácitamente el desconocimiento de esa decisión e impone al galeno el deber de seguir proveyendo un tratamiento médico no deseado.

El paciente, de esta forma, debe dirigir su destino conforme una ley ajena: restablecer su salud y aplazar su muerte, no conforme la ley propia que él se ha planteado: no restablecer su salud y morir. El individuo deja de ser autónomo, se reduce a objeto y pierde su dignidad humana.

Inclusive, puesto que la prohibición penal se establece con el fin de cumplir con el deber estatal de proteger la vida, dicha medida estatal cosifica al paciente, pues se lo utiliza como medio para el cumplimiento de ese deber y no como un fin en sí mismo, según manda el principio de la dignidad humana.

Por otro lado, tal y como señaló la Corte Constitucional colombiana⁵⁵⁵, la dignidad humana protege tres ámbitos, entre los cuales se encuentra la autonomía y posibilidad de

⁵⁵³ *Vid. supra* Cap. III, título III, apartado 3.2.

⁵⁵⁴ *Vid. supra* Cap. I, título III, apartado 3.2.1.

diseñar un plan vital y determinarse según sus características. El plan de vida se refiere a las características de cada uno de los hechos que acaecen en ese devenir, y puesto que la muerte es uno de esos hechos, el plan de vida también se refiere a la elección de la forma en que le sobrevenga a la persona la muerte (ya sea de manera natural, es decir, cuando el destino lo quiera; o premeditadamente, cuando la persona lo desee), y el momento en que lo haga.

El plan de vida se estructura según las opciones de vida, y si el Estado destruye la posibilidad de que la persona elija que su muerte le sobrevenga según el mandato del destino o según su deseo propio, imponiéndole la primera opción, está limitando las opciones de vida que normalmente ella tiene, y por lo tanto, su libertad⁵⁵⁶.

Una intervención media o leve en la dignidad supondría una reglamentación de esas opciones de vida. Por ejemplo, que se posibilite la opción de elegir que la muerte le sobrevenga a la persona por su propio deseo, cuando ella tenga una enfermedad terminal o un afección accidental, y sufra de dolores insoportables, tal y como se lo hace en otros países⁵⁵⁷.

Limitar bajo todo supuesto esa opción significaría eliminar la facultad de elegir en toda circunstancia.

Ik e Im: la intensidad de la intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y, la intervención en el deber del médico de respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, son graves, es decir, ambas variables corresponden a 4.

Lo que se diga respecto de la intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene mucho que ver con el deber del médico de respetar ese derecho, por lo cual, expongo la justificación de ambas variables en un mismo sitio.

⁵⁵⁵ *Vid. supra* Cap. I, título III, apartado 3.2.2.

⁵⁵⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la limitación de las opciones de vida es una limitación de la libertad. *Vid. supra* Cap. V, título II.

⁵⁵⁷ Cfr. JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Págs. 204 – 206. En esas páginas la autora describe los requerimientos legales existentes en Holanda y Bélgica, para que la eutanasia no sea considerada como homicidio.

La muerte necesariamente debe sobrevenir para todas las personas durante su existencia, por lo tanto, el acontecimiento de morir es una vivencia única y particular que debe tener la singularidad deseada por cada individuo, al igual que el resto de acontecimientos de su vida. A nadie le es extraño oír de las personas su deseo de tener una muerte rápida e indolora, por el miedo a la agonía, por ejemplo.

La decisión de morir del titular del derecho a la vida en la eutanasia pasiva, forma parte del ejercicio de su autonomía personal (pues al optar por ella, se está determinado la vida según la propia voluntad), por lo cual, dicha decisión se encuentra amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El amparo de dicha decisión en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no tiene ningún reparo, pues la voluntad de morir del titular del derecho a la vida no pugna con ninguno de los límites que nuestra Constitución impone a este derecho: los derechos de terceras personas y el orden constitucional.

Esa decisión no pugna con derechos de terceros, pues salvo el sufrimiento espiritual de los allegados, no existe ningún perjuicio en ellos. Se puede pensar, como lo hace Bottke, que existe un límite impuesto por los deberes de protección y cuidado de las relaciones del Derecho de Familia, no obstante, aceptar esa posibilidad es, como ya indiqué, negar la dignidad humana haciendo que la persona sirva para fines ajenos y no para los propios⁵⁵⁸.

Tampoco pugna con el orden constitucional establecido ya que celebra la dignidad ejerciendo la facultad de autodeterminación que ella supone. No la niega, ni niega la vida, pues ella conlleva la supervivencia con ciertas condiciones mínimas de dignidad, entre las cuales debe entenderse comprendida la autodeterminación personal.

En tal virtud, la punición de la eutanasia pasiva conllevaría una coerción moral dirigida a los médicos, para que irrespeten la libre decisión de morir, y por tanto implicaría que el

⁵⁵⁸ Véase las referencias pertinentes en el apartado que trata sobre la disponibilidad de la vida según el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Estado fomenta el irrespeto del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el deber del médico de respetarlo.

Dicha coerción estatal estaría dada con el mecanismo más fuerte que dispone el Estado: el Derecho Penal. Por lo tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el deber del médico de respetarlo se encontrarían vulnerados gravemente.

Con un tipo penal que sanciona al galeno que presta su ayuda en la eutanasia pasiva, se enfrenta al médico a una encrucijada en la cual: cumple con su deber de respetar el libre desarrollo de la personalidad y se ve sometido a una pena, o, lo incumple y queda indemne. De esta forma, a ese sujeto se le impone la conducta del irrespeto de ese deber, lo que significa una intervención grave en ese principio.

En ese sentido, la punición de la eutanasia pasiva implica una limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues quien sin la punición de la eutanasia pasiva podría escoger libremente entre vivir o librarse de un dolor o una vida indigna con la muerte, se ve compelido a seguir viviendo. Esto por cuanto, la posibilidad de morir por una omisión premeditada de su galeno no sería viable, ya que la Ley Penal dirigiría la conducta de este profesional directamente a proteger la vida no deseada, mediante su coacción moral. En ese contexto, la decisión de morir de esa forma no tendría sentido, pues sería inviable. Sería algo similar a determinarse a volar con el sólo impulso de los brazos: un imposible.

La libertad que el libre desarrollo de la personalidad supone frente a la decisión de morir, implica la posibilidad de optar entre vivir o morir, y la punición de la eutanasia pasiva implica una limitación de la segunda opción, y en tal sentido una vulneración al libre desarrollo de la personalidad, pues como ha dicho Berlín Isaiah:

“Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran; y si, a consecuencia de lo que me hagan otros hombres, este ámbito de mi actividad se contrae hasta un cierto límite mínimo, puede decirse que estoy coaccionado o, quizá, oprimido.”⁵⁵⁹

⁵⁵⁹ BERLIN, Isaiah. Ob. Cit. Pág. 220.

Cuando al juez se le permite sancionar la eutanasia pasiva, se introduce en la mente de las personas la idea de la proscripción de esta conducta por el ordenamiento jurídico, y la representación entre su ejecución y la condena a la sanción de la norma penal. De esta forma, un médico, cuando su paciente se lo solicite, no respetará su voluntad de morir, pues si actúa de esa forma se verá sujeto a la pena del homicidio. El galeno, entonces, suministrará los medicamentos, conservará los medios artificiales para sostener la respiración, y consecuentemente, la libertad del paciente se verá coartada.

El Estado estaría impidiendo el ejercicio de la libertad del paciente, reduciendo al mínimo esa libertad, pues él sólo tendría una elección: seguir viviendo, aún cuando no lo deseara. El paciente estaría coaccionado.

La doctrina coincide en esta aseveración. Carmen Valiente ha considerado que “Una norma que obligara, aún tácitamente como lo hace un tipo penal, a intervenir impidiendo el suicidio ajeno, imponiéndoles a terceros una obligación de socorro en tales circunstancias, vendría a suponer una obligación para el suicida de continuar viviendo”.⁵⁶⁰

Aún cuando la limitación de la libertad con la punición al médico que participa en la eutanasia pasiva es indirecta, produce ese efecto. De la misma manera se limitaría la libertad pensando a los editores de los periódicos y revistas, si publican artículos sobre la política económica del gobierno. Aún cuando los periodistas podrían escribir y manifestar su pensamiento sobre la política económica del gobierno, su pensamiento no se difundiría, pues los editores no publicarían sus artículos. Su libertad para expresar sus pensamientos sobre la política económica del gobierno, sería una quimera.

⁵⁶⁰ VALIENTE, Carmen. *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*. Ob. Cit. Pág. 383. Entiendo que, no obstante las precisiones anotadas sobre la relación de los conceptos suicidio y eutanasia en otra parte de esta tesis, la conducta que refiere la autora comprende también la eutanasia pasiva, pues ella es justamente el punto donde se concilian el suicidio y la eutanasia, ya que ella no requiere la intervención de terceros, tal y como sucede en esa forma de disposición de la propia vida. Puede sostenerse, por lo tanto, que la eutanasia pasiva es un suicidio.

La sanción penal a la interrupción u omisión del tratamiento vital por parte del médico, no solo es una medida gravemente lesiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el deber del médico de respetar ese derecho, sino que a todas luces es injustificada, por cuanto, cuando "...el suicidio es producto de la libertad del individuo de comprender, y por tanto su pensamiento de autoeliminación se le puede atribuir como verdaderamente propio, no surgen para los demás los deberes generales de solidaridad, ni aquellos especiales fundados en las posiciones de garantía, pues nadie está obligado a actuar ante otro que ejerce plenamente sus derechos. Además no existe el deber de vivir."⁵⁶¹.

Por el contrario, cuando un paciente rechaza un tratamiento vital, cesa en el médico el deber de curar y surge la obligación de respetar la voluntad contraria del paciente⁵⁶² expresada en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Cuando una norma tácitamente impone la obligación de irrespetar la voluntad del paciente, viola esos principios, y desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el deber del galeno de respetarlo.

Gi, Gj, Gk, Gl, Gm, Gn: en el Ecuador estas variables no se valoran, pues como manifestó la Corte Constitucional ecuatoriana⁵⁶³, el numeral 6 del Art. 11 de la Constitución del Ecuador señala expresamente que: "(...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes **y de igual jerarquía (...)**".

Por lo tanto, no tiene sentido considerar los pesos abstractos de los principios en colisión, pues por mandato constitucional todos tienen igual jerarquía y por tanto todos tienen igual peso en abstracto.

Si, Sk y Sm: la seguridad de las premisas empíricas en base a las cuales se juzga la no realización del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el deber del médico de

⁵⁶¹ FARFÁN, Francisco. Ob. Cit. Pág. 44.

⁵⁶² MANTOVANI, Ferrado. Ob. Cit. Pág. 95.

⁵⁶³ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 002 – 09 – SAN – CC. Caso 0005 – 08 – AN*. Emitida el 2 de abril del 2009. Pág. 31. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/0005-08-AN-res.pdf>. Acceso: 12 de enero del 2010.

respetar este derecho, y la dignidad humana, son plausibles, es decir debe asignárseles el valor de 2.

Esto se debe a que, no existe la certidumbre en ellas debido a que los razonamientos aquí expresados no se fundamentan en jurisprudencia constitucional nacional, sino en doctrina y jurisprudencia internacionales sobre la disponibilidad de la vida basada en el libre desarrollo de la personalidad. Esto podría permitir que la Corte Constitucional ecuatoriana tome una posición distinta a la que se maneja en estos razonamientos.

Sin embargo, las tesis planteadas aquí forman parte de la doctrina casi mayoritaria sobre el tema, conforme queda expuesto en el desarrollo de esta tesis, por lo cual la certidumbre sobre las premisas es plausible, aunque no ciertas como sucedería en el evento de que jurisprudencias constitucionales nacionales hayan considerado como válidos esos razonamientos.

Ij: la importancia que tiene el derecho a la vida en el caso concreto. Esta variable, se establece considerando cómo la omisión o no ejecución de la medida de intervención en el principio vulnerado afecta en este derecho⁵⁶⁴. Entonces, se tendría que valorar cómo la falta de penalización de la intervención del médico en la eutanasia pasiva afecta al derecho a la vida.

En primer lugar considero adecuado hacer una interpretación correcta del derecho a la vida. Este derecho no implica la mera supervivencia psicobiológica, sino además el derecho a una existencia con condiciones de dignidad.

Si es que entendemos que el derecho a la vida protege únicamente la mera supervivencia, podríamos sostener que la omisión de la prohibición penal de la eutanasia pasiva sí afecta a este derecho, pues lo deja desamparado e indefenso ante las vulneraciones de terceros.

Si entendemos que el derecho a la vida también prevé el derecho a una existencia con condiciones de dignidad, y que entre ellas se encuentra la autonomía personal como uno

⁵⁶⁴ *Vid. supra* capítulo III, título III, apartado 3.2.

de los requisitos de esa vida digna, la omisión de la prohibición penal de la eutanasia pasiva no afectaría este derecho, pues protegería una existencia en la cual las personas decidan el momento de su muerte, en ejercicio de su autonomía. No obstante, en ese caso, la omisión de esa medida estatal afectaría la primera faceta del derecho a la vida pero no la segunda.

¿Cuál debe ser la solución a este dilema? ¿Afecta o no al derecho a la vida la omisión de la punición de la eutanasia pasiva?

Personalmente creo que ese dilema se soluciona si se acude al pensamiento de Valle Muñiz. Él⁵⁶⁵ ha señalado, que la correcta interpretación del alcance y límites de protección de los derechos humanos es entenderlos como realidades normativas configuradoras de la dignidad de la persona; y que, de este modo, dado que la Constitución no permitiría una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad humana, y que ésta supone el rechazo de cualquier forma de instrumentalización del ser humano en aras de salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden disponer libremente de su vida y por lo tanto, el suicidio está amparado por la Ley Fundamental.

Es decir, el derecho a la vida no incluye una protección de la existencia biopsicológica aún cuando se sacrifique la dignidad humana, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. El límite de este derecho se encontraría marcado por esos principios, y por lo tanto no los incluye.

Es más, se puede decir que luego de una interpretación del derecho a la vida conjuntamente con el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico de la dignidad humana, este derecho implica una vida con dignidad, es decir una supervivencia que se sobrelleve con unas condiciones mínimas de dignidad⁵⁶⁶, dentro de las que se encuentran comprendidas, tanto aquellas que son netamente materiales, físicas, biológicas, espirituales, mentales y psíquicas⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ JUANATEY, Carmen. Ob. Cit. Pág. 93. Ésta a su vez de: Valle Muñiz, J. M. "Artículo 143 Cp", en Comentarios al nuevo Código Penal (dirigidos por Quintero Olivares y coordinados por Morales Prats), Navarra, 2ª ed., 2001, pp. 705 – 708.

⁵⁶⁶ El Art. 66 numeral 2 de nuestra Constitución contempla el derecho a la vida digna y los requisitos que ella supone, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁵⁶⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355-06 de 10 de mayo del 2006*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010; y, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

Evidentemente no se puede entender una vida con dignidad, sin la convergencia de uno de sus atributos: la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad.

Por lo tanto, si ese es el contenido del derecho a la vida, y esos son los límites a la protección estatal de ese derecho, la falta de tipificación de la ayuda del médico en la eutanasia pasiva, no afecta de ninguna manera al derecho a la vida. Por el contrario, esa falta de tipificación es consecuente con este derecho, pues permite que se desarrolle una supervivencia con una de las condiciones más esenciales de la dignidad: la autodeterminación.

Por lo tanto, a esta variable se le asigna el número 1, es decir leve.

//: la importancia del deber del Estado de proteger penalmente el derecho a la vida.

¿Cómo la falta de tipificación de la conducta del médico que presta auxilio en la eutanasia pasiva afectaría a este principio?

Una de las obligaciones genéricas de los Estados frente a los derechos humanos, es la de protegerlos frente a las acciones u omisiones de terceros; y, una de las principales formas en que los Estados hacen efectiva esa obligación es a través de la tipificación de conductas penales, pues la pena sirve para disuadir a las personas de realizar una conducta a la cual se adjunta una sanción penal.

Esa forma de actuar supone el ejercicio del poder punitivo del Estado, y dicha facultad no es absoluta o ilimitada, sino que está sujeta a unos principios dentro de los cuales debe funcionar. Estos principios son los que determinan cuándo es adecuado utilizar la norma penal para proteger los derechos humanos, y cuándo no. Cuando ellos no se cumplen no

HUMANOS. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Párr. 144. Al respecto también existen sendas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, (...), párr. 161; *Caso Huilca Tecse*, (...), párr. 65; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, (...), párr. 128; entre otras. Al respecto puede consultarse en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Ob. Cit. Pág. 805.

existe sobre el Estado el deber de utilizar la norma penal para proteger los derechos humanos⁵⁶⁸.

Estos principios son, como ya quedó señalado⁵⁶⁹, el de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, el de lesividad, el de materialidad de la acción, y el de culpabilidad. Se puede prohibir cuando se cumple con ellos, pues sólo entonces la protección penal de los derechos humanos es necesaria y adecuada, surgiendo el deber estatal de utilizar ese medio como parte del deber genérico de proteger los derechos humanos.

Para determinar si existe el deber de proteger penalmente la vida en el supuesto de la eutanasia pasiva, en primer lugar, y luego si la falta de tipificación de la ayuda del médico en ese supuesto afecta a ese deber, debemos examinar la adecuación de un tipo penal semejante, a los principios que limitan la facultad de prohibir.

Comencemos con el análisis del principio de lesividad. Conforme este principio, un comportamiento debe prohibirse únicamente cuando lesione intereses de terceros⁵⁷⁰. De esta forma, la satisfacción de este principio con la tipificación de la ayuda en la eutanasia pasiva dependerá de una pregunta ¿qué derecho humano se lesiona con la conducta sancionada?

Resulta obvio que el auxilio del galeno en la eutanasia pasiva, puede lesionar el derecho a la vida, pues con él se busca causar una buena muerte. Pero, eso sucede respecto de una de las facultades que implica este derecho, no respecto de ambas.

Como ya expliqué, el derecho a la vida implica dos prerrogativas: la supervivencia psicobiológica del individuo, y la vida digna. El derecho a la vida digna, conlleva la garantía de la existencia con condiciones mínimas de dignidad⁵⁷¹, entre ellas, la autodeterminación personal, pues ella es uno de los elementos de ese valor.

⁵⁶⁸ *Vid. supra* capítulo II, título VI, apartado 6.1.1.

⁵⁶⁹ *Ibidem.* Ídem.

⁵⁷⁰ *Ibidem.* Ídem.

⁵⁷¹ *Vid. Supra* capítulo IV.

En ese contexto, la conducta del médico que respeta la decisión soberana de su paciente de no someterse a un tratamiento vital, e interrumpe u omite su suministro, no afecta al derecho a la vida en todas sus facetas. Si bien su conducta lesiona este derecho en una su faceta de mera supervivencia, no hace lo mismo respecto a su faceta como existencia digna.

Sin embargo, si se considera, tal y como se lo hizo en este trabajo, que el derecho a la vida, entendido como garantía de la supervivencia psicobiológica, supone también la protección del desarrollo del plan de vida, sin las angustias de una eliminación anticipada⁵⁷², considero que tampoco se estaría violando esta faceta de este derecho. En todo caso, el galeno estaría permitiendo que el plan de vida de la persona que desea morir se cumpla. Esto por cuanto, el plan de vida comprende la elección de la forma y circunstancias en que la muerte sobrevendrá, y la conducta del galeno que se examina, respeta esa voluntad.

Si no se acepta esta tesis, debería tomarse en cuenta la primacía del principio de la dignidad humana frente a la vida y su alcance referente a la interpretación de este derecho, lo cual significaría que la garantía de la supervivencia psicobiológica no se debe entender exclusivamente como tal, sino como supervivencia digna⁵⁷³.

En este sentido, la conducta del galeno no sería lesiva.

Siguiendo nuestro análisis, debemos examinar la conformidad de la tipificación penal del auxilio en la eutanasia pasiva con el principio de necesidad. Según este principio, si el comportamiento lesivo de derechos, cuya comisión se prohíbe penalmente, sumado a la venganza de los ofendidos es mayor que la lesión de los derechos producida por la sanción penal, entonces la prohibición penal es necesaria⁵⁷⁴.

⁵⁷² *Ibíd.* *Ídem.*

⁵⁷³ *Vid. Supra* capítulo IV, título III, apartado 3.2.1. (especialmente el pensamiento de Valle Muñiz) y 3.2.3.

⁵⁷⁴ *Vid. supra* capítulo II, título VI, apartado 6.1.1.

Si tomamos en cuenta que, conforme el análisis llevado a cabo sobre la congruencia de la tipificación de la cooperación en la eutanasia pasiva con el principio de lesividad, la conducta del galeno no perjudica ningún interés de un tercero, los razonamientos que se hagan sobre la conformidad de esa tipificación con el principio de necesidad, no tendrían sentido.

Sin embargo, para hacer más contundente este análisis, supongamos que el auxilio del galeno en la eutanasia pasiva sí violenta el derecho a la vida, y pasemos a la determinación de cada uno de los elementos evaluados en el principio de necesidad, en el caso concreto, para luego realizar el análisis correspondiente.

La lesión producida por una conducta semejante, es leve, según mi criterio, porque quien la lleva a cabo encuentra justificada su conducta por principios de igual o mayor monta que la vida, tales como: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Quien por el contrario causa la muerte de un hombre, sin que medien los motivos que impulsan a actuar al galeno en la eutanasia pasiva, lesiona no solo la vida sino la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Frustra el plan de vida y afecta a terceros distintos al sujeto pasivo del delito. Dicha lesión sí debe considerarse grave.

Por otro lado, la venganza de los ofendidos en los supuestos de la eutanasia, en la generalidad de los casos es poco frecuente. Generalmente el paciente que decide morir se enfrenta a grandes sufrimientos y a la compasión de sus familiares y de la comunidad; en esos casos, la muerte se presenta como una fórmula liberadora de ese martirio y, consiguientemente, el médico es reconocido como un salvador o un redentor. Pocos son los casos en que los parientes no aceptan la decisión de sus familiares de morir, y guardan rencor con quienes propician la muerte⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ Esta aseveración la hago en base a la experiencia. No obstante, existen estudios sociológicos que permiten deducir esta respuesta, aún cuando no hayan sido realizados en nuestro país sino en España. En una encuesta realizada por el CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas), ante la pregunta 28: ¿Cree Ud. que debería castigarse al médico que ponga fin, sin dolor, a la vida de un paciente, en la fase final de una enfermedad irreversible si éste se lo pide de manera reiterada y consciente?, el 58,8% de los encuestados respondieron que no, con toda seguridad; y, el 16.9%, que creen que no, pero no están totalmente seguros. Esto nos permite deducir, que no existe en las personas, en general, un sentimiento de que la ayuda del médico en la eutanasia es un hecho reprochable, y en ese sentido, tampoco existiría en ellos un deseo de venganza, al igual que no

La venganza de los ofendidos en la eutanasia pasiva, es poco frecuente o leve.

Finalmente, la lesión de derechos producida por la sanción penal al auxilio del médico en la eutanasia pasiva, sí es significativa. Al galeno que realice esta conducta se le estaría sometiendo a una de las mayores penas previstas en nuestro ordenamiento, cuantitativamente hablando. De esta forma, si se toma en consideración el número de años, la lesión de la libertad sería grave.

Entonces, no existe necesidad de la tipificación del auxilio en la eutanasia pasiva, pues tanto la lesión producida como la venganza del ofendido son menores que la lesión de derechos producida por la pena.

Ahora, respecto al principio de materialidad y de culpabilidad, sólo resta decir que la tipificación analizada sí cumple con ellos, pues se prohíbe con ella acciones humanas empíricamente observables, e intencionales por el dolo que contienen.

consideran que debe existir un reproche por parte del Estado. La eutanasia no está vista como un hecho reprochable, a tal punto, que en la misma encuesta, ante la pregunta 24: Cuando una persona tiene una enfermedad en fase terminal, que le causa grandes sufrimientos y que le causará la muerte en poco tiempo, ¿cree Ud. que la ley debería permitir que los médicos pudieran poner fin a su vida y a sus sufrimientos, si esta persona lo solicita libremente?, el 63.3% de los encuestados respondió que sí, con toda seguridad; y, el 17.2% que cree que sí, pero que no está totalmente seguro. Si las personas consideraran la intervención del médico en la eutanasia como un hecho reprochable, y por tanto merecedora de una venganza, no estarían de acuerdo con que la ley permita esa conducta. Finalmente, resulta importante tomar en cuenta que la encuesta del CIS, frente a la pregunta 14, obtuvo como resultado que el 74.3% de los encuestados considera que si una persona padece de una enfermedad con grave riesgo para su vida y, habiendo sido informada sobre el tratamiento que puede recibir, decide no someterse a él, debe respetarse la decisión del paciente por encima de la del médico. Este resultado nos permite comprender que, en caso de que se produzca una muerte por eutanasia pasiva, casi la mayoría de las personas estarían de acuerdo con el obrar del médico; es decir, no pensarían que, aún cuando él hubiese podido actuar de manera diversa – irrespetando la voluntad de su paciente -, su conducta es reprochable. Por lo tanto, no existiría en ellos un deseo de venganza con el galeno, si no por el contrario, resignación ante la elección del paciente, y el obrar del médico. Cfr. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. *Atención a pacientes con enfermedades en fase terminal. Estudio No. 2803.* Mayo – Junio 2009. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2800_2819/2803/es2803.pdf. Acceso: 12 de diciembre del 2010.

Entonces, en virtud de todo el análisis que antecede, no existe un deber de proteger penalmente la vida, pues el mecanismo penal de protección de derechos humanos no cumple con los principios de lesividad y necesidad, en este caso.

La importancia del deber del Estado de proteger penalmente la vida, consiguientemente es leve, y por lo tanto, debe asignársele a esta variable el valor de 1, pues la falta de tipificación de la eutanasia pasiva no afectaría a este deber, ya que dicho recurso es innecesario.

In: la importancia del deber del médico de respetar el derecho a la vida, en el caso en análisis es leve, es decir, corresponde a 1. Esto se debe a que el deber de respetar el derecho a la vida no surge para el médico en el supuesto de la eutanasia pasiva, puesto que el derecho a la vida, tal y como anteriormente expliqué, debe interpretarse de acuerdo a la dignidad humana, esto es, como el derecho a la supervivencia con ciertas condiciones esenciales de dignidad, y precisamente la autodeterminación es una de ellas.

Nadie está tiene el deber de garantía o de solidaridad frente a una persona que ejerce un derecho, como anteriormente señalé⁵⁷⁶. Es más, frente al ejercicio de un derecho la obligación de los particulares es no impedir u obstaculizar su ejercicio.

Con la falta de tipificación de la eutanasia pasiva, el deber del galeno de respetar el derecho a la vida se ratifica, puesto que se le habilita al médico a optar por esa protección y no se lo compele a violentar este principio, tal y como se explicó al tratar sobre la intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la variable *Ik*.

Sj, Sl, Sn: la seguridad de los razonamientos en base a los cuales se considera que el derecho a la vida, el deber del Estado de sancionar penalmente las conductas que vulneren el derecho a la vida, y el deber del médico de respetar el derecho a la vida se realizan, son ciertas, es decir debe asignárseles el número 1.

⁵⁷⁶ Vid. *supra* en este mismo apartado, la cita textual de FARFÁN, Francisco. Ob. Cit. Pág. 44.

Esto se debe a que, en primer lugar, los razonamientos en base a los cuales se estableció la importancia del derecho a la vida se basan en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que recoge a su vez un pensamiento ampliamente difundido: el derecho a la vida digna. En segundo lugar, la importancia del deber del Estado de proteger penalmente la vida fue establecida en base a premisas propugnadas por la teoría del garantismo penal, que día a día sigue creciendo por sus irrefutables apreciaciones y su concordancia con el Estado constitucional. Finalmente, la seguridad de las premisas en base a las cuales se estableció la importancia del deber del médico de respetar la vida es cierta, pues se basa en los argumentos que se utilizaron para definir la importancia del derecho a la vida; y, además, tiene como sustento corolarios extraídos a partir de una teoría comúnmente aceptada: las obligaciones genéricas de los Estados frente a los derechos humanos.

Una vez asignados los valores previamente determinados a las variables de la fórmula del peso extendida, resolvamos la ecuación. En primer lugar debemos eliminar las variables que valoran el peso abstracto, pues tal y como expresé anteriormente, según nuestra Corte Constitucional dichas variables no se valoran. La fórmula del peso, entonces, quedaría así:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times S_i + I_k \times S_k + I_m \times S_m}{I_j \times S_j + I_l \times S_l + I_n \times S_n}$$

Una vez asignados los valores establecidos, la fórmula sería la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{4 \times 2 + 4 \times 2 + 4 \times 2}{1 \times 1 + 1 \times 1 + 1 \times 1}$$

$$G_{i,j} = \frac{4 \times 2 + 4 \times 2 + 4 \times 2}{1 \times 1 + 1 \times 1 + 1 \times 1}$$

$$G_{i,j} = \frac{24}{3}$$

$$G_{i,j} = 8$$

Puesto que el resultado de la fórmula del peso es mayor a 1, priman los derechos vulnerados, es decir el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el deber del médico de respetar este derecho, y la dignidad humana.

Por lo tanto, la medida evaluada no satisface el principio de proporcionalidad en estricto sentido, pues las ventajas que se obtienen con la intervención en los derechos humanos vulnerados, no compensan los sacrificios, daños o lesiones que ella supone para la satisfacción del derecho a la vida, el deber estatal de proteger penalmente ese derecho, y el deber del médico de respetar el derecho a la vida.

Con la tipificación de la ayuda del médico en la eutanasia pasiva se vulneran derechos de tanto talante como el libre desarrollo de la personalidad, e inclusive el principio rector y fundador de los derechos humanos: la dignidad.

Conforme este razonamiento, puesto que una medida como la evaluada es inconstitucional, y por lo tanto, el texto y espíritu de la Ley Fundamental la excluiría del ordenamiento jurídico, el contenido del tipo penal del homicidio no puede contemplar la conducta del médico que ayuda a quien le solicita que mediante una omisión o una interrupción le procure su muerte.

De acuerdo a la teoría de la tipicidad conglobante, se puede decir que la Constitución excluye del ámbito de prohibición esta conducta, pues se encuentra fuera de la injerencia del Estado la sanción del médico bajo estas circunstancias, ya que esta norma manda que el Estado tiene como deber fundamental el respetar y hacer respetar los derechos humanos, y si el Código penal al tipificar el homicidio contemplara la omisión o interrupción de un tratamiento médico por parte de un médico en la eutanasia pasiva, el

Estado estaría fomentando con esa norma el irrespeto al libre desarrollo de la personalidad.

Si el Estado ecuatoriano sancionara por homicidio al galeno en la eutanasia pasiva con la norma penal que tipifica esa conducta, contravendría su deber de impedir que terceras personas vulneren o interfieran en el ejercicio de los derechos de los particulares, pues con la norma penal se obligaría a los médicos a irrespetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Es más, con la sanción penal de la eutanasia pasiva, el Estado incumpliría su obligación de respetar los derechos humanos, pues coartaría injusta e irracionalmente la facultad del paciente de elegir entre varias opciones de vida (vivir o morir cuando él desee), limitándole a elegir una sola de ellas: seguir viviendo contra su voluntad.

Por lo tanto, puesto que el tipo penal del homicidio no contempla esta conducta, el médico que incurra en ella no tiene responsabilidad penal. El Art. 32 del Código Penal y el Art. 76 numeral 3 de la Constitución del Ecuador, precisamente mandan que nadie puede ser sancionado por un hecho que no se encuentre previsto como infracción penal.

CONCLUSIONES

- Los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, precautelando que terceros vulneren, estorben o impidan su ejercicio. Para ello pueden acudir a distintos mecanismos legislativos y administrativos.

Dentro de los mecanismos legislativos para la protección de los derechos humanos, se presenta como herramienta óptima la sanción penal de las conductas que vulneren dichos derechos.

No obstante, el deber del Estado de proteger penalmente los derechos humanos, a través de la sanción penal de las conductas que vulneren ese bien jurídico sólo nace cuando se cumplan los requisitos de necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad.

- Aún cuando el Art. 11 numeral 6 de la Constitución del Ecuador establece que todos los derechos y principios son irrenunciables, el derecho a la vida en el Ecuador es un derecho disponible, pues las personas pueden poner fin a su existencia, en base a una decisión libre tomada en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dicha decisión no puede ser contrariada, ni aún con el pretexto de salvaguardar el derecho a la vida, pues en ese caso se estaría violando el principio de la dignidad humana, que se funda en la autonomía personal.

Si el Estado desconoce la decisión libre de rechazar un tratamiento vital para morir, en pos de salvaguardar el derecho a la vida, convierte al ser humano en un medio para sus fines, y por lo tanto vulnera la dignidad humana.

- El derecho a la vida debe ser entendido a partir del valor de la dignidad humana, como principio para su interpretación.

Por lo tanto, puesto que una vida digna exige la concurrencia de ciertas condiciones necesarias para que la existencia pueda considerarse tal, el derecho a la vida incluye la garantía de que se respete las decisiones libres del ser humano acerca de los asuntos que le sobrevienen desde el nacimiento hasta la muerte.

Sin esa garantía mínima, no se podría sostener que una vida cumple con esos requisitos, pues la dignidad tiene especial fundamento en la autonomía personal.

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad faculta al individuo a tomar decisiones sobre los asuntos que a él atañen, con el único límite de los derechos de terceras personas y el orden constitucional.

- En la relación médico paciente, nuestro ordenamiento jurídico prevé la obligación del galeno de informar debidamente al enfermo sobre los tratamientos que puede recibir y las implicaciones de los mismos. Frente a esa información el paciente puede decidir si acepta o rechaza un tratamiento, otorgando o no su consentimiento informado, aún cuando dicho tratamiento sea vital y su suspensión o interrupción causen inminentemente su muerte.

Este derecho a rechazar o admitir un tratamiento, sea vital o no, se encuentra comprendido en un derecho más general: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la salud es un asunto que sólo a la propia persona atañe.

- El rechazo de un tratamiento vital por parte del paciente, hace que el deber del médico de curar y salvaguardar la vida cese. Por lo tanto, no existe una omisión de un deber jurídico del galeno, cuando se suspende u omite un tratamiento médico en base a la voluntad de su paciente.

En lo que se refiere a las relaciones entre médico y paciente existe una sola regla tácitamente aceptada en nuestro ordenamiento jurídico: toda intervención sobre el paciente debe fundamentarse en su consentimiento (*voluntas aegroti suprema lex*).

- La eutanasia pasiva no voluntaria, en el Ecuador, sólo es legítima cuando se suscita por el rechazo de intervenciones quirúrgicas, procedimientos terapéuticos que a juicio del médico signifiquen riesgo, técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos médicos probados, o transfusiones sanguíneas, mediante el consentimiento de los familiares o del representante del que padece, dependiendo el caso, pues la Ley Orgánica de Salud y el Código de Ética Médica sólo facultan a que estas personas suplan el consentimiento del paciente incapaz en esos casos.

- El juez penal es garante de los derechos humanos y de la justicia. De esta forma, aplicando los métodos de interpretación constitucional, puede interpretar el contenido de las normas penales, excluyendo ciertas conductas que al ser punidas violarían el deber del Estado de respetar los derechos humanos; e, inclusive, puede suspender la aplicación de las normas que considere inconstitucionales, sometiéndolas al control de constitucionalidad en la Corte Constitucional.
- Una prohibición penal que sancione la eutanasia pasiva, implicaría una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, pues obligaría a los médicos a vulnerar esos derechos, coartando la facultad del paciente de elegir entre varias opciones de vida y limitándole a optar por una sola: seguir viviendo contra su voluntad.

Definitivamente, “Cuando se penaliza el derecho a liberarse del dolor absurdo que conlleva la existencia de una vida absolutamente deteriorada, el Derecho se ha convertido en absurdo, y las voluntades personales que lo fundamentan, normativizan e imponen, unas tiranías.”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ SAMPEDRO, Ramón. Ob. Cit. Pág. 254.

FUENTES.

6.10. BIBLIOGRAFÍA.

- ABRAMOVICH, Víctor y COUTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta. Madrid – España. 2002.
- ALEXY R. BERNAL C. MORESO J. PRIETO L. CLERICO L. Et al. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Primera edición. Editor CARBONELL Miguel. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tr. por Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2008.
- ÁVILA, R. DÁVALOS, M. SILVA, C. MORALES, J. PÉREZ, N. Et. al. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Primera edición. Editor ÁVILA Ramiro. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito – Ecuador. 2008.
- ÁVILA, Ramiro. *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*, en Revista de Derecho Foro. No. 8. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional. 2007.
- BALBÍN, S. CINCIARDO, J. FLORES, A. IBARLUCÍA, E. LEGARRE, S. Et. Al. *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*. Coordinador: CINCIARDO, Juan. Primera Edición. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires – Argentina. 2006.
- BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid – España. 2007.
- CASTÁN, José. *Los Derechos del Hombre*. Cuarta edición. Editorial Reus S.A. Madrid, España. 1992.
- CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Décimo cuarta edición. Tomo II, volumen II y tomo I volumen II. Editorial Bosch. Barcelona – España. 1980.
- DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales en la teoría y en la práctica*. Tr. por Ana Isabel Stellino. Ediciones Gernika. México, D.F. 1994.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Editorial Nacional Gabriela Mistral. Segunda Edición. Tomo I y III. Santiago – Chile. 1976.

- FARFÁN, Francisco. *Eutanasia, derechos fundamentales y ley penal*. Segunda edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá – Colombia. 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. BACCELLI, Luca. BOVERO, Michelangelo. GUASTINI, Riccardo. JORI, Mario. PINTORE, Ana. Et. Al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid, España. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2009. Pág. 335.
- FUKUYAMA, Francis. *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*. Traducción de Paco Reina. Primera edición. Ediciones B, S.A. Barcelona – España. 2003.
- GUASTINI, R. ARAGÓN, M. COMANDUCCI, P. FERRAJOLI, L. ZAGREBELSKY, G. Et. Al. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Editor: Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid – España. 2007.
- GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Tomos I y II. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires – Argentina. 1985
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción e introducción por Manuel Jiménez Redondo. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2005.
- HERRERA, Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Segunda edición. Centro editorial Universidad del Rosario. Bogotá - Colombia. 1999.
- MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid – España. 1998.
- MELISH, Tara. *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*. Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School. Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES). Quito – Ecuador. 2003.
- NINO, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Segunda edición. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1995.
- NÚÑEZ, Miguel. *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*. Editorial Tecnos. Madrid – España. 2006.
- NIÑO, Luis. *Eutanasia morir con dignidad. Consecuencias jurídico penales*. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 1994. Pág. 128.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Derecho y eutanasia*. Primera edición. Editorial la Ley. Buenos Aires – Argentina. 2005. Pág. 41.

- PARRAGUEZ, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano*. Sexta edición. Volumen I. Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja. Loja – Ecuador. 1999.
- PÉREZ, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid – España. 1986.
- PEREZNIETO, Leonel y LEDESMA, Abel. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Harla S.A. México D.F. 1992.
- PRIETO, Luis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. En: *Cuadernos de Derecho Público*. No. 11, septiembre – diciembre 2000. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid – España. 2000.
- Red de Promotores de Derechos Humanos. *Derecho a la vida*. Defensoría del Pueblo de Colombia. Bogotá, Colombia. 2001
- VODANOVIC, Antonio. *Derecho Civil. Parte Preliminar y General*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda. Santiago – Chile. 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial Ediar. Buenos Aires – Argentina. 1987.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducido por Marina Gascón. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid – España. 2009.
- JIMÉNEZ, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*. Séptima edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires – Argentina. 1984.
- JUANATEY, Carmen. *El derecho y la muerte voluntaria*. Editorial Distribuciones Fontamara, S.A. México D.F. – México. 2004.
- KANT. Immanuel. *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*. S/e. Madrid–España. 1881.
- VACA, R. SCHAEFER, G. GARCÍA, A. DOMINGUEZ, F. PESÁNTEZ, W. Et. Al. *Eutanasia: aspectos éticos – médicos y jurídicos. La bioética y los conflictos en los confines de la vida*. Primera edición. Centro de Publicaciones de la PUCE. Quito – Ecuador. 2009.

6.11. OTRAS FUENTES.

6.11.1. Libros y artículos electrónicos:

- CANO, Fernando. DIAZ, Enrique. MALDONADO, Eugenia (Coord.). *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. - México. 2005. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=172>. Acceso: 1 de mayo del 2010.
- DE VEGA GARCIA, Pedro. *La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der grundrechte*. En: BREWER, Allan. FABREGA, Jorge. FAIREN, Víctor. FIGUERUELO, Ángela. FIX – ZAMUDIO, Héctor. GARCIA BELAUNDE, Domingo. Et. Al. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. Primera edición. Universidad Autónoma de México. México D.F. – México. 1992. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=685>. Acceso: 9 de febrero del 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Primera edición. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José – Costa Rica. 2005. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>. Acceso: 9 de julio del 2010.
- PRIETO, Luis. *Ley, principios, derechos*. Editorial Dykinson. 1998. Madrid - España. [Sitio en internet]. Disponible en: http://ebooks.elcorteingles.es/LEY_-PRINCIPIOS_-DERECHOS-PRIETO-SANCHIS_-L_-DYKINSON-LibroEbook-8481558370.html. Acceso: 26 de julio del 2010.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. *Atención a pacientes con enfermedades en fase terminal. Estudio No. 2803*. Mayo – Junio 2009. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2800_2819/2803/es2803.pdf. Acceso: 12 de diciembre del 2010.

6.11.2. Jurisprudencia constitucional:

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-355-06 de 10 de mayo del 2006*. [Sitio en Internet]. Disponible en:

- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>. Acceso: 12 de enero del 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia C-481/98 de 9 de septiembre de 1998*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481/98.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010
 - CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-523/92 de 18 de septiembre de 1992*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-523/92.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010
 - CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-594/93 de 15 de diciembre de 1993*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-594/93.htm>. Acceso: 23 de junio del 2010
 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello VS. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C. No. 140. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf. Acceso: 12 de enero del 2010.
 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010.
 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas). [Sitio en Internet]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf. Acceso: 23 de junio del 2010.
 - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. *Sentencia N.º 007-2006-PI/TC de 22 de junio de 2007*. [Sitio en Internet]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>. Acceso: 23 de junio del 2010.