

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

El derecho a la muerte digna como fundamento contenido en la dignidad humana dentro del Estado Constitucional Ecuatoriano

Diego Geovanny Piedra Sánchez

Tutor: Pablo Sebastián López Hidalgo

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de Cesión de Derecho de Publicación de Tesis

Yo, Diego Geovanny Piedra Sánchez, autor de la tesis titulada *“El Derecho a la muerte digna como fundamento contenido en la Dignidad Humana dentro del Estado Constitucional Ecuatoriano”* mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Master Mención en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 09 de junio de 2020

Firma.....

Resumen

El presente trabajo investigativo, tiene como objeto analizar cómo se configura y tutela el derecho constitucional a la muerte digna en el Ecuador. En este sentido, en el primer capítulo se estudiará como se originó de manera primigenia el concepto-noción de dignidad humana, con una perspectiva en la filosofía greco-romana. Así como también el desarrollo de este concepto en lo más esencial del discurso de Immanuel Kant, los autores más relevantes de la actualidad y la configuración normativa de la dignidad entendida en la perspectiva del derecho internacional y en el Ecuador.

En el segundo capítulo se estudiarán los procedimientos que engloban la muerte digna, y la conceptualización de lo que implican de manera esencial los actos de eutanasia y suicidio asistido como aquellos a ser tutelados como derechos en nuestro Estado. Definidos estos procedimientos, se procederá a establecer los diferentes argumentos a favor y en contra de estos, lo cual permitirá ampliar el espectro de visión sobre estos actos, y de manera concomitante, el poder dilucidar las significación y argumentos reales de protección de este “derecho”

En el tercer capítulo, se procederá a analizar dentro del derecho comparado las diferentes regulaciones que ha tenido la muerte digna en los países en los que ha sido aprobado, para con posterioridad realizar un análisis jurídico-teórico de la forma de interpretación de las normas implícitas contenidas en la Constitución ecuatoriana, de manera esencial la referida al Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República.

Todo aquello permitirá constatar la existencia y necesidad de tutela del derecho a la muerte digna, el cual se infiere a partir de otros derechos constitucionalmente protegidos y que tiene como premisa el elemento esencial y categórico de todas las personas, la dignidad humana.

A Ma. Trinidad y Amelia, por tanto amor y paciencia

A mis padres Bolívar y Nelly que me llenan de fe

Agradecimientos

Agradezco a mi mujer, a mi hija, a mis padres y hermanos por su motivación diaria. A la Universidad Andina Simón Bolívar por abrirme las puertas del análisis crítico. A mi tutor, doctor Sebastián López, por su paciencia en la dirección de este trabajo. A todos mis profesores y amigos por el apoyo brindado.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero	17
Dignidad humana: breve análisis histórico y jurídico.....	17
1. Principales referencias respecto de la dignidad humana en la filosofía greco-romana.....	17
2. La visión aristotélica del ser humano y su dignidad	19
3. La perspectiva subjetiva estoica como elemento de libertad y dignidad	21
4. La dignidad humana, y su reformulación kantiana	23
5. La dignidad humana como prius de los derechos.....	27
6. El contenido normativo de la dignidad humana	31
6.1. La dignidad humana en el derecho internacional.	32
6.2. La dignidad humana en el derecho constitucional comparado y ecuatoriano.	33
Capítulo segundo.....	39
El derecho a la muerte digna, estudio de los procedimientos que lo integran	39
1. Procedimientos que integran la muerte digna	40
1.1. La eutanasia.	40
1.2. El suicidio asistido.....	42
1.3. Limitación del esfuerzo terapéutico (LET).....	43
1.4. Rechazo de tratamiento o denegación de consentimiento.	45
1.5. Sedación paliativa.....	47
2. Los procedimientos que dotan contenido al derecho a la muerte digna. Sus principales argumentos en contra.....	51
3. Los principales argumentos a favor de una muerte digna	55
Capítulo tercero.....	71
La muerte digna en el derecho comparado. Propuesta de aplicación en el marco constitucional ecuatoriano	71
1. El desarrollo de la muerte digna en el derecho comparado.....	71
1.1. El reconocimiento de la muerte digna en Holanda, Bélgica, Suiza y Luxemburgo	71
1.2. La muerte digna en los Estados Unidos.....	75
1.3. La muerte digna en Canadá.	77

1.4. La muerte digna en Australia.....	80
1.5. El análisis de la muerte digna en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana	81
1.6. La muerte digna en el derecho argentino, una perspectiva diferente	86
1.7. La regulación jurídica de la muerte digna en el Ecuador.	89
2. La doble dimensión de los derechos fundamentales: Los principios como fuente aplicación a la muerte digna.....	95
3. La cláusula abierta, principio interpretativo para derechos que derivan de la dignidad humana.	101
3.1. Los derechos reconocidos en la Constitución.....	102
3.2. Los instrumentos internacionales.	103
3.3. Los derechos derivados de la dignidad de la persona.....	106
4. Las normas de derecho fundamental expresas y adscritas.	114
5. Los mecanismos de tutela, protección y desarrollo interpretativo de la muerte digna.....	118
5.1. La acción de protección.	119
5.2. La acción extraordinaria de protección.....	121
5.3. Selección de casos por parte de la Corte Constitucional.	122
6. La reformulación del derecho a la vida.	124
7. El sumak kawsay, la visión integradora de la vida digna.....	131
8. La muerte es parte de la vida.....	135
9. ¿Existe un derecho constitucional a la muerte digna en el Ecuador?.....	137
Conclusiones	139
Recomendaciones.....	145
Bibliografía	149

Introducción

La formulación de un Estado constitucional que se funda en derechos¹, ha conllevado a una nueva estructuración social, política y jurídica del estado Ecuatoriano, el cual se inmiscuye en un proceso en donde ordenamiento jurídico adquiere una perspectiva encaminada a fundarse de manera primigenia sobre los derechos de las personas como eje central ante el Estado y la Ley².

Esta perspectiva y visión de Estado, ha coadyuvado a poder descubrir nuevos derechos que surgen como necesidades de protección en una sociedad que clama una tutela en su evolución diaria.

Uno de esos derechos es la muerte digna, misma que dentro del Estado Ecuatoriano no ha observado una regulación clara y eficaz, aquello a pesar de ser un tema ampliamente controversial a nivel mundial y que dentro del propio contexto social, requiere un análisis profundo y crítico al respecto. Pero de manera primigenia requiere un argumento que sea capaz de establecer al mismo con el estatus de derecho, pudiendo gozar de garantías para su protección y que logre tener los mecanismos para su efectiva aplicación.

Para este propósito, se requiere un análisis del origen de los derechos fundamentales, lo cual nos lleva indefectiblemente a escudriñar de manera breve el concepto de dignidad humana histórica y jurídicamente como su fuente primordial. La misma que es considerada, en palabras del profesor Peces-Barba, como el “... fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios que derivan de esos valores”³.

De manera concomitante, en la concepción del origen de estos “Derechos Fundamentales”, el objeto de esta investigación, se basa en establecer que los mismos, no ser restringen únicamente a meras prescripciones normativas que puedan ser aplicadas a partir del texto constitucional; sino que tienen que ser entendidas, por un lado, desde una concepción histórica, que tuvo su origen a partir de la conceptualización

¹ Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

² Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Ramiro Ávila Santamaría, Ecuador), 62 y 63

³ Gregorio Peces-Barba Martínez, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, (Dykinson, Madrid, 2003), 12.

de la noción de dignidad humana, con sus orígenes en la filosofía greco-romana, su consolidación en el siglo XX y que ha desembocado en el reconocimiento de estos derechos; y por otro lado, a través de un análisis interpretativo y constitucional que nos permita inferir de manera clara la existencia de estos derechos, que sin estar escritos, se encuentran implícitos como derivados de la dignidad de cada persona.

A consecuencia de la universalización en la concepción del ser humano, visto como alguien que tiene un valor intrínseco, se plantea en este trabajo la fundamentación del derecho a la muerte digna como tema principal de análisis.

En tal virtud, en esta investigación, en primer lugar, se realizará una revisión en lo correspondiente a los orígenes y principales ideas y conceptos de dignidad humana, con el fin de poder establecer claros y precisos elementos que nos permitan discernir su verdadero significado, y que puedan ser formuladas en base a lo verdaderamente intrínseco en cada ser humano, con su respectiva correlación e interpretación jurídica. Este valor intrínseco de cada persona⁴, será confrontado a la luz de dotar un valor a la vida, debiendo en tal sentido establecer de manera clara si puede existir, de manera subjetiva a cada individuo, una cualificación a la vida según las circunstancias que acaezcan durante su desarrollo.

En segundo lugar, establecidos los fundamentos de la dignidad humana y su correlación con la vida, se evidenciará el tratamiento del derecho a la muerte digna en los diferentes países que han tenido su regulación, su concepción, sus fuentes normativas, y sobre todo su aplicación. Y en tercer lugar, se buscará una correlación con la fundamentación de los derechos fundamentales y la “muerte digna”, para poder en base dichos elementos, elaborar una justificación teórico-jurídica respecto de la existencia derechos implícitos en el Ecuador, su interpretación e inferencia en la norma establecida en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, todo aquello con el objeto de repensar el derecho a la vida como un verdadero derecho que

⁴ Una forma de definir a la dignidad humana ha sido caracterizarla como el reconocimiento moral de un valor inherente y absoluto a la persona debido a su misma humanidad. Por lo que el debate jurídico en cuanto a estas reflexiones se centra ahora en esta noción de pertenencia y universalidad de derechos “a priori”, y en la bioética, por ejemplo, el cual ha abierto muchas perspectivas a este respecto. Véase, Ronald Dworkin, “¿Qué es lo sagrado?” en *El dominio de la vida una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. Caraccionlo R., y Ferreres, V, (Ariel, Barcelona, 1998)

reconoce lo que para muchos podría ser su otra cara de la moneda, el derecho a la muerte digna.

Capítulo primero

Dignidad humana: breve análisis histórico y jurídico.

1. Principales referencias respecto de la dignidad humana en la filosofía greco-romana

En su conferencia “Que es Filosofía”, Martin Heidegger sostuvo que la marcha histórica de Occidente y Europa derivaban originalmente de la filosofía griega, de modo que la forma de pensar actual en su mayoría sería, enteramente griega. Es así que, preguntarse sobre la idea moderna de dignidad humana tendría un origen griego, pero teniendo siempre en cuenta que la significación está determinada de forma diferente según las épocas⁵.

La apreciación del concepto de dignidad humana en el pensamiento antiguo tenía un punto de reflexión, de la persona no como un sujeto característico de dignidad *per se*, sino que, por el contrario, la dignidad era una condición que se ganaba por el hecho de la adquisición de mayores conocimientos y sabiduría. Así lo argumentaba Platón en su propio pensamiento y lo ejemplificaba con su clásica alegoría de la caverna, en donde representaba una visión del ser humano como un sujeto que vive un mundo ficticio, sobre el cual su objetivo primordial es descubrir la verdad, entre más se esfuerce para adquirir conocimientos sobre la realidad, encontrará un mayor estado de libertad y dignidad.⁶

Más, la visión de Platón resultaba pesimista, ya que la adquisición de verdaderos conocimientos y la posibilidad de percibir el mundo como una realidad única, no estaba al alcance de muchos, ya que la educación era privilegio de las clases sociales altas, lo que le llevó a jerarquizar al ser humano y diferenciarlo como objetivo central para su pensamiento. Solo así, podría establecer quienes eran los merecedores de adquirir estas cualidades excepcionales.

En el mito de la caverna, los prisioneros encadenados eran inconscientes de la realidad que ocurría detrás de ellos y vivían engañados y dispuestos a pelear con

⁵ Martin Heidegger, *Qu'est ce que la philosophie?*, Conférence prononcée à Cerisy-la-Salle, en août 1955], trad. Axelos, K y Beaufret, J., Gallimard, “nrf”, (Paris 1957), 15-19, citado por Antonio Pelé, “Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” 2006)

⁶ Platón, *La República*, trad, Eggers Lan, C, (Editorial Gredos, Madrid, 1988), 338.

aquellos que cuestionaran su “propia realidad”. Lo que implica que, si una persona es ignorante de sus condiciones, ningún valor inherente de su ser podía surgir, es decir, por el hecho de ser ignorante, el ser humano era indigno. Platón no concebía un valor inherente al ser humano, porque el ser humano al ser ignorante no podía deducir su condición al ser ignorante en su propia naturaleza.⁷

Tal es así que la dignidad de la naturaleza humana se establecía solo a un nivel fuera de este mundo terrenal, a través de su alma. El ser humano para ser digno y aplicar el bien, debía no dejarse guiar por sus sentidos, impulsos y condición humana, por el contrario, renunciar a estas aptitudes para dilucidar lo verdadero y moralmente esencial en la realidad.

Es a consecuencia de ello que se normaliza la esclavitud sin cuestionamiento alguno, existiendo una propia justificación de Platón, afirmando que estos son dominados por sus instintos animales.⁸

La propia capacidad de razonar de los esclavos era por tanto la justificación de su condición y de la propia de necesidad de que sean dominados por otros sujetos. Es de esta noción, la premisa que infiere que nadie podía obrar mal voluntariamente, sino que lo hace a efectos de la ignorancia⁹.

Esta idea, de que el obrar con error resulta involuntario y que por ende hacer el mal es solo producto de la ignorancia, denota un obstáculo radical al concepto de libertad, ya que no existía voluntad propia del ser, para obrar y establecer la idea del bien de la razón, porque al ser la ignorancia inherente al ser humano la cual es de naturaleza del hombre, resulta solo excepcional y únicamente al alcance de muy pocos, el tener la virtud suficiente para acceder al conocimiento pleno, extra- mundanal, y por ende trascender de este mundo irreal en el que se habita.

En consecuencia, Platón consideraba que la dignidad de la persona solo radicaba a un nivel fuera de lo físico, fuera de las impulsiones y sus propias condiciones que lo encerraban. Por tanto, era necesario que el hombre para llegar al conocimiento

⁷ Alexander Nehamas, *Virtues of Authenticity*, Princeton University Press, (Princeton, 1999). 28.

⁸ Platón, *La República*, 453.

⁹ Platón, *Protágoras en Diálogos (I)*, trad. Calonge Ruiz, J., Lledó, E., y García Gual, C, (Madrid, 1985), 583 y 584.

verdadero del mundo debía no dejarse llevar por sus sentidos, ni dejarse llevar por sus reacciones mundanas.¹⁰

Es decir, que el conocimiento como tal estaba solo al alcance de unos pocos, tan solo aquellos virtuosos capaces de entroncar dicho conocimiento a través de una verdadera educación y disciplina que los pueda elevar a la categoría de filósofos. Platón entonces, claramente establece una categorización y jerarquización entre los seres humanos, siendo que no los equipara, ni peor aún los considera a todos como miembros de un mismo género humano. Justificaba la existencia de los esclavos como seres que debían ser adiestrados, así como consideraba a los ciudadanos griegos como seres superiores al resto y que sí eran consideradas personas.

El Estado perfecto de Platón estaba así organizado a través de una estricta división de clases, fundada en una jerarquía de las naturalezas humanas. Además, Platón contempló la idea de seres inferiores a otros junto con la limitación de la idea de autonomía individual. El sujeto se sometía al Estado y su libertad consistía en cumplir estrictamente con su función naturalmente adscrita en la sociedad. Este Estado hubiera permitido lograr la Justicia, pero al detrimento de la igual dignidad humana.

Por otro lado, Platón consideraba que la justicia debía ser dirigida al más débil¹¹; él defendía la justicia basada en la moderación y en el orden, y todo comportamiento humano debía tener en cuenta el bien del otro. Se oponía de esta forma a unas visiones de la política que consistían en que “cada uno dominase a los demás en su propia ciudad”¹²

2. La visión aristotélica del ser humano y su dignidad

Si Platón consideraba que la única consideración de grandeza y lo único divino que poseía el hombre era su alma. Aristóteles, por el contrario, trataría de complementar las funciones del alma, con las del cuerpo buscando que las dos se concilien y de esa

¹⁰ Platón, *La República*, 470-480.

¹¹ *Ibidem*, 76 y 89.

¹² Platón, *Gorgias*, en *Diálogos (II)*, trad. Calonge Ruiz J., y otros, (Gredos, Madrid, 1987), La retórica no es sólo la capacidad de persuadir, según Sócrates, se debe también conformar a lo justo: «Si has de hacer orador a alguien, es preciso que conozca lo justo y lo injusto (...)», 43.

forma constituyan a un individuo, es decir argumentando que la naturaleza de la persona forma parte de su esencia, y no la hace ignorante *per se*.

Entonces, el ser humano tenía dos rasgos principales; primero, no existe necesidad de que el cuerpo se libere del alma porque ambas funciones se integran y correlacionan; y segundo, la función racional de la persona es lo que conferiría una esencia divina al ser humano.¹³

Pero adicional a aquella consideración, Aristóteles también trató de establecer cuál era el fin mismo de cada persona, de aquello en su obra *Ética Nicomáquea* considera que: “algún fin que queramos por sí mismo, y las demás cosas por causa de él, y lo que elegimos no está determinado por otra cosa” y que “este fin será lo bueno y lo mejor.”¹⁴

Entonces, se deduce para Aristóteles que el objeto mismo de los seres humanos es la búsqueda de la felicidad. En este sentido, la felicidad no consistía ni dependía de la fortuna ni de las circunstancias que puedan ocurrir en la vida, sino que eran resultado de la perfección humana, es decir era un “*presente divino*”¹⁵.

Aristóteles consideraba que una vida buena, o vida digna por decirlo de otra manera, podía conseguirse a través del correcto ejercicio de las virtudes del hombre, no había separación del hombre con su naturaleza, y es por ello que no existía una división, tal y como Platón afirmaba al establecer que la vida del mundo no valía la pena ser vivida.

Entonces, se puede establecer claramente en esta visión, que se confluyen dos elementos, el de la *racionalidad* y el de la *búsqueda de la felicidad*, para establecer la naturaleza misma de los seres humanos, y que permitiría el máximo desarrollo de sus facultades en el devenir de su vida, solo de esta manera para Aristóteles se podía lograr una verdadera dignidad en las personas.

¹³ Aristóteles, *Acerca del Alma* trad., Calvo Martínez, T., (Gredos, Madrid, 1994), 169.

¹⁴ Aristóteles, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, trad. Pallí Bonet, J., (Gredos, Madrid, 1995), 130.

¹⁵ *Ibid.*, 146.

3. La perspectiva subjetiva estoica como elemento de libertad y dignidad

Un autor de gran relevancia para la conceptualización de la dignidad humana dentro de la historia ha sido Séneca, quien, habiendo vivido en la época del imperio romano, adoptó ciertos pensamientos de los estoicos para la adaptación de sus estructuras de pensamiento, argumentando en una primera posición que la filosofía debía ser práctica, de nada servía tener conocimientos teóricos de la vida, sino se aplicaba dicho saber, de tal forma Seneca manifestaba:

[...]te advierto que es menester sentir y leer los filósofos para sacar de ellos la ciencia de la vida feliz; no para descubrir en ellos las palabras antiguas o fingidas y metáforas difíciles y figuras de dicción, sino preceptos provechosos y sentencias egregias y razones de buen ánimo que al punto puedan ser llevadas a la práctica. Apropiémonos de tal modo de esas cosas, que las palabras se conviertan en actos. No creo que exista ralea de Hombres más funesta para todos los mortales que los que han aprendido la filosofía como una profesión mercenaria y viven de manera distinta como ordena que tiene que vivir¹⁶

Pero esta practicidad a la que se refería no tenía un interés colectivo, sino que él creía en una introspección individual acerca de cada sujeto que pueda de manera interior conocerse a sí mismo y por ende guiar su comportamiento de manera más adecuada. Más esta búsqueda interior, no era para Séneca una tarea fácil, sino por el contrario una labor complicada y asidua, cuyo objetivo era en definitiva el “vivir bien”¹⁷

Séneca trae consigo una doctrina distinta a las anteriores que han sido analizadas, y se refiere al objeto de mirar a la persona desde una perspectiva individual, siendo que de esta manera se puede adquirir un verdadero aprendizaje de lo que implican los tormentos que a cada ser humano acechan.

Por otro lado, su aportación más significativa para este trabajo es su interpretación en cuanto a la forma en que se debe vivir la vida y su correlación con la muerte, es decir la forma como concibe el hecho de que una vida debe ser vivida solo cuando valga la pena.

Para Séneca el temor a la muerte venía de razones que no tenían justificación alguna, provenían del miedo, y no del hecho de la muerte misma, sino el “pensar en la

¹⁶ Séneca, “*Carta CVIII*”, *Cartas Morales a Lucilio*, trad., Bofill & Ferro, J, (Planeta, “Clásicos Universales”, Barcelona, 1989), 364.

¹⁷ *Ibid.*, 279.

muerte”¹⁸, lo cual para él no tenía justificación alguna, pues la muerte debía ser aceptada como parte de la vida; como el propio Séneca lo manifestaría “la vida, si le falta valor para morir, es una esclavitud”¹⁹

Hasta el momento se ha podido interrelacionar tres nociones de dignidad que han tenido una gran influencia a través de la historia, y que parten de perspectivas y pensamientos muy variados en torno al ser humano. 1) Se ha definido en un principio, que no todas las personas podían gozar de las cualidades suficientes para poder ser dignos y alcanzar una vida plena, sino que estas características eran solo alcanzables para quienes cultivaban el conocimiento y sus virtudes.

Quienes no tenían acceso a estas herramientas eran por naturaleza considerados seres inferiores, que se remitían a sus impulsos y que, al no poder liberarse de ese estado instintivo y carecer de una verdadera dignidad humana, estaban destinados a vivir en una “caverna” viendo una realidad que no es la que existe.

2) De manera concomitante, se presente otra noción que refiere al ser humano como un todo, es decir sus elementos materiales y espirituales lo hacen un individuo completo, que, a pesar de tener en su esencia, instintos y contradicciones al actuar, aquello es precisamente lo que define su naturaleza, la esencia y dignidad de las personas no se definen por su conocimiento ni virtud, sino por su capacidad de hacerse feliz. Además, que el confluirse unos con otros y vivir en sociedad, representa en sí misma la forma de hacerse más persona y reconocerse a uno mismo en los demás.

3) Finalmente, Séneca evidencia la necesidad de una introspección y conocimiento del ser que nos permita definir lo más relevante para cada sujeto y su apreciación subjetiva al concepto de felicidad. Tal es así, que incluso nos manifiesta de manera categórica que es preferible no permanecer viviendo si por sí misma, la vida carece de sentido y se convierte en esclavitud; es decir, la vida será digna hasta que cada persona dicte en su propio juicio que así merece serlo.

¹⁸ Ibid., 76.

¹⁹ Ibid., 210-211.

4. La dignidad humana, y su reformulación kantiana

El concepto moderno de dignidad humana está hoy muy relacionado con la formulación kantiana que ha dado una vuelta de tuerca al pensamiento mismo de la ser humano. Es decir, tratar al hombre nunca meramente como un medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo.

Para que exista una aproximación a la idea de dignidad humana en este autor, resulta imprescindible entender la necesidad que tenía, de poder definir la moral como un fundamento que no debía surgir de ideas preconcebidas, sino que debía formularse desde su “esencia” bien entendida.

Como resume Höffe, para Kant “El fundamento de la moral no se encuentra ni en el amor de sí, ni en el sentido moral, porque ambos expresan una situación factual del sujeto que es, por otra parte, fortuita y que por lo tanto no son universalmente válidos y necesarios. La moral encuentra todavía menos sus raíces en un sentimiento físico (Epicúreo). Ni la perfección de las cosas (estoicos; Wolff), ni la voluntad de Dios (los teólogos moralistas) pueden ser el principio último justificando las obligaciones morales”²⁰

Kant consideró que su época no fue capaz de elaborar un fundamento sólido a la moral en la medida que el ser humano se equivocaba de herramienta para encontrarlo²¹. Además, indicaba: “(...) todas las representaciones que nos vienen sin nuestro albedrío (como las de los sentidos) nos dan a conocer los objetos no de otro modo que como nos afectan, permaneciendo desconocido lo que ellos sean en sí mismos, y que, por tanto (...) sólo se puede llegar a conocer los fenómenos, pero nunca las cosas en sí mismas”²²

Con esta fórmula de “las cosas en sí mismas”, Kant expresaba un límite a las capacidades sensitivas del ser humano, es decir que parecía no creer en las facultades humanas, insistiendo en sus limitaciones. Realizó una distinción entre, por una parte, el

²⁰ Otfried Hoffe, O., *Introduction à la philosophie pratique de Kant*, Castella, Albeuve, (Suiza), 1985, p. 135, citado por Antonio Pelé, “Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2006), 889.

²¹ Antonio Pelé, “*Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana*”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2006), 891.

²² Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, trad., García Morente, M, (Ed. Encuentro, “opúscula filosófica”, n° 18, Madrid, 2003), 92.

fenómeno que resultaba de la percepción de un objeto y de la impresión que derivó de ella y, por otra parte, la realidad en sí de este objeto que no podía ser alcanzada por los sentidos humanos.²³ De ahí se deriva la distinción que realizara el autor entre dos mundos, un mundo sensible y un mundo inteligible.

Por tanto, esta separación entre un mundo inteligible y otro sensible, resulta altamente trascendente para la propia definición de dignidad humana, puesto que, con estos conceptos, se evidenció en Kant un cierto humanismo en su pensamiento, en este sentido la moral se construía a partir del hombre y no a partir de ideas trascendentales que venían explicar lo que era o debía ser el hombre y el mundo que le rodeaba.²⁴

Entonces, el criterio de la moralidad ya no se encontraba en lo que uno hacía sino en la manera como lo hacía. Si, por ejemplo, en la antigüedad los filósofos elaboraron jerarquías entre las cosas buenas, que podía ser la verdad, el placer o la virtud. Eran valores externos al Hombre que él no había fabricado. En cambio, para Kant, la moralidad de un acto derivaba sólo de la pureza de la intención y de la rectitud de la voluntad²⁵.

Es así que esta buena voluntad podía contenerse en sí misma, así lo manifestó Kant: “La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena sólo por el querer, es decir es buena en sí misma”²⁶

Pero la buena voluntad de actuar de la que habla Kant tenía que ser encaminada por un deber de actuar, pero un deber de actuar que sea libre. Y precisamente esto era lo que se preguntaba Kant: *¿cómo podemos sentirnos libres en el obrar y al mismo tiempo, obligados por la ley moral?*²⁷

²³ Eliam Campos Barrantes, “Apuntes sobre la antropología kantiana”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, 2002), pp. 103-112, citado por Antonio Pelé, “Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”), 2006.

²⁴ Alejandro Llano, *Fenómeno y trascendencia en Kant*, (Eunesa, Pamplona, 1973), 366.

²⁵ Jean- Baptiste Botul, *La vie sexuelle d’Emmanuel Kant*, (Ed. Mille et Une Nuits, trad. Pagès, F., n°

251, París, 2000), 35, citado por Antonio Pelé, “Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”), 2006.

²⁶ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, 20.

²⁷ *Ibidem*. 94.

La respuesta de Kant a esta interrogante sería que este deber era una necesidad de la acción cuyas características lo desvinculaban de cualquier influjo exterior. No era sólo una coacción sino una autoacción, y el Hombre siendo un ser libre, necesitaba según Kant del “sentimiento para hacerse consciente de la coerción” que ejercía²⁸ Esta coacción a la que se refiere Kant, para de establecer a este deber, como una “necesidad de actuar por respeto a la ley”, es por ello que Kant trató de buscar una ley que abarcará de cabal se contenga a sí misma, y que sea sujeta a la razón.

Todo lo manifestado, derivó en la plasmación por parte de Kant, del deber en el “*imperativo categórico*”²⁹, es decir un principio que podría ser la base de cualquier conducta humana: “*obra sólo según una máxima tal que pueda querer al mismo tiempo que se torne en ley universal*”³⁰

Este imperativo categórico puede ser interpretado en el sentido de que los motivos de una acción no podían derivar de la consideración de sus consecuencias. Es decir que, en la determinación del deber que existe de actuar de cada sujeto, se debe establecer las consecuencias de las acciones a la luz de una intención universalizada. Se debe con otras palabras razonar ¿qué ocurriría si otras personas actuaran como yo?

Mediante su imaginación, uno experimentaba y anticipaba en su mente un mundo donde aparecía una nueva ley natural por la adopción de su máxima específica³¹ Es en este sentido y en consecuencia de la formulación Kantiana, que se puede evidenciar claramente, que a partir de la razón humana, guiada por una buena voluntad, nace el deber de actuar de cada ser humano, pero este deber de actuar vendría vinculado en definitiva de una idea de libertad que se deriva de una autodeterminación, es decir, uno es una persona libre para actuar, siempre que se guíe bajo sus propias leyes universales, las cuales partirán del imperativo categórico transcrito con fundamento en una racionalidad inteligible.

²⁸ Ibid., 239 y 254.

²⁹ Ibid., 28-29 y 236.

³⁰ Ibid., 57.

³¹ Silber, John., “Procedural Formalism in Kant’s Ethics”, *Review of Metaphysics*, nº 28, The Catholic University of America, Washington, 1974, pp. 212-213, citado por Antonio Pelé, “Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”), 2006, 915.

Es por ello que, el ser humano con toda esta concepción se transforma en un ser moral, en donde la razón no era sólo la fuente para el conocimiento sino también un fundamento para la conducta humana.

De ahí el concepto tan famoso de Kant encaminado a la autonomía de la voluntad, de la cual derivan toda la explicación que ha sido realizada en líneas anteriores, y de la cual deriva la dignidad humana. De aquello Kant, manifestaría que la voluntad de la persona era autónoma en la medida que actuaba solamente por las leyes que emanaban de su naturaleza racional, volviéndose así la voluntad en autodeterminación.³²

Entonces claramente Kant anunciaba aquí que la base de la dignidad del Hombre era su autonomía³³, pero siempre dentro del marco de la “*dignidad de la naturaleza humana*”. Ya no se trataba entonces de algo externo, como el alma que confería una dignidad al hombre ni una razón que le permitía entender la realidad o algo divino que lo dominaba. El rasgo de la dignidad era la racionalidad que estaba ajena de fuentes morales exteriores e interiorizada en el mismo individuo³⁴.

En palabras del autor Luis Hierro, esta concepción moral de la persona como agente autónomo apareció como el “*prerrequisito de toda argumentación moral*” y se convertirá en el “*fundamento necesario*” de los derechos humanos³⁵

En definitiva, se puede dilucidar que, en Kant, la autonomía se refería directamente al Hombre entendido como persona racional, capaz de formular leyes universales y adecuar su conducta en función de estas leyes, y este carácter fundamental lo que le dotaba de dignidad al ser humano, es decir su autodeterminación en base a la razón práctica sin la influencia de agentes externos es lo que dotará y será el fundamento primordial de la dignidad humana hasta la época actual.

³² Ibid., 70.

³³ Ibid., 72.

³⁴ Antonio Pelé, “Filosofía e historia en el fundamento de la Dignidad Humana”, (Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”), 2006, 915.

³⁵ Liberio Hierro, ¿Qué derechos tenemos?”, (*Doxa*, n° 23, 2000), 360.

5. La dignidad humana como prius de los derechos.

La importancia de la perspectiva kantiana en el reconocimiento de la persona como un fin en sí mismo, y de manera primordial como un sujeto que se reconoce y universaliza su actuar, ha permitido en la mayoría momentos históricos de la humanidad, el poder reconocer una serie de prerrogativas que le pertenecen a los seres humanos, tan solo por el hecho de ser tales.

Es por ello que, para dilucidar el fundamento de la dignidad humana y su posterior efecto de positivización, debe analizarse el mismo en una serie de momentos históricos, los cuales son la consecuencia de la importancia que adquiriría para los seres humanos, la idea de características esenciales generales para todos.

Ahora bien, a lo largo de la historia, la humanidad ha concurrido por una serie de momentos sociales y políticos que condicionaron la existencia y reconocimiento de declaraciones de derechos, es así que se tiene la Carta Magna inglesa de 1215, base del Derecho Constitucional de Inglaterra; la Petition of Rights de 1628 y el Bill of Rights de 1689, de la misma Inglaterra; las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, las Leyes de Indias, que fueron irrespuestas por los gobernadores y encomenderos españoles en tierras americanas, hasta llegar a la "Declaración de Independencia" de las trece colonias de Norteamérica, del 4 de Julio de 1776, antecedente inmediato de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.³⁶

De estas declaraciones, se evidencia la imperiosa necesidad que tenían los pueblos de aquella época de contar con una forma de garantía de sus necesidades y de las condiciones en las que vivían en tales momentos³⁷.

Pero no es sino, después de la Segunda Guerra Mundial, y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que los mismos adquieren un reconocimiento internacional y una relevancia trascendente en la mayoría de los estados del mundo. La

³⁶ Carlos Tunermann B, *Los Derechos Humanos: Evolución Histórica y Reto Educativo*, (UNESCO Caracas, 1997). 8.

³⁷ Por ejemplo, se estima que en Francia en la época de Luis XVI, la población ascendía a 25 millones de personas, de las cuales sólo un 1% formaba parte de las clases privilegiadas El Primer Estado (la nobleza, estimada en 150 000 personas) y el Segundo Estado (el clero, estimado en 130 000 personas), lo que se traducía en una evidente y clara inequidad entre la sociedad francesa en aquellos años, es por ello que en una declaración promulgada en 1789, se garantizarían cuatro derechos prioritarios, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, en Carlos Tunermann B, *Los Derechos Humanos: Evolución Histórica y Reto Educativo*, (UNESCO Caracas, 1997), 9.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, comienza en el artículo 1 con el siguiente enunciado: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. También el preámbulo menciona al unísono la dignidad y los derechos humanos. Reafirma la “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”.

Es evidente, que las declaraciones que se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial tuvieron un antecedente claro, y son las masacres de cientos de miles de personas que sufrieron en aquella trágica guerra. Resulta justificable que luego de que el mundo haya evidenciado tantos actos de barbarie y de opresión, buscarse formas de garantizar que dichas situaciones no se repitan.

De todas estas declaraciones de derechos, lo que resulta relevante y primordial, es encontrar en ellas el origen o la premisa de la dignidad humana como piedra angular sobre la cual se erigen los mismos.

A priori, podría creerse que a partir de la normativización de los derechos es que se evidencia la dignidad humana, no obstante, esta situación ocurre de manera opuesta, y es en base de las propias declaraciones, leyes y constituciones de cada estado que observamos la fundamentación de los derechos en base a la dignidad humana.

Tal es así que, se debe de manera esencial hacer referencia a las justificaciones actuales respecto del origen de los derechos fundamentales y su vínculo con la dignidad humana, entre las que se tiene la formulada por el Filósofo Jürgen Habermas.

En un primer análisis Habermas, en un artículo publicado, llamado “*El Concepto de Dignidad Humana y la Utopía Realista de los derechos humanos*”, hace hincapié en como el concepto de dignidad humana estuvo en discusión del Tribunal Alemán de manera muy latente, siendo que en el año 2006, fecha en la que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la “Ley de Seguridad Aérea” *Luftsicherheitsgesetz*, aprobada por el Parlamento. Éste tenía presente, en ese momento, el escenario del “9/11”, el ataque terrorista a las torres gemelas del World Trade Center. En dicha ley se quería autorizar a las fuerzas armadas a derribar el avión de pasajeros que, en semejante situación, se hubiese convertido en una bomba humana. Y ello con el

objetivo de proteger a un número elevado e indeterminado de personas situadas en tierra³⁸

Para Habermas era claro que, seguía muy presente en el tribunal el imperativo categórico Kantiano en el cual, el respeto de la dignidad humana de la persona prohíbe disponer de cada persona como un medio para otro objetivo, aun cuando ese objetivo sea el de salvar a otro conglomerado de personas, lo que en definitiva nos muestra que en la práctica diaria y con la aparición de circunstancias fácticas es cuando entra en juego una conciencia racional que introduce la dignidad humana como primer elemento para el análisis de la protección o no de los derechos de las personas.³⁹

Así también, Habermas intenta explicar que la dignidad humana, no es una niebla en la cual se escudan los derechos positivizados, cualesquiera que fuesen para simplemente dotarlos de contenido, sino que por el contrario, busca demostrar que las circunstancias históricas han hecho traer a la conciencia algo que desde sus inicios estaba implícitamente inscrito en los derechos humanos, es decir, la sustancia normativa de la igual dignidad humana de cada uno, que los derechos humanos expresan de una u otra forma.⁴⁰

Al encontrar estas circunstancias históricas⁴¹ que han impactado en el devenir de la humanidad, y que evidencian la desigualdad social, el racismo, el trato desigual a las mujeres, las condiciones de explotación a los trabajadores, aparece entonces la dignidad humana en la realidad, implícita como una premisa inherente a cada ser humano, que le pertenece en razón de sus condiciones desfavorables de igualdad con respecto a otra persona, es decir que primero penetra en la conciencia de los afectados y luego es normativizado en los textos legales de cada estado.

Debiendo resaltarse que, la eficacia y aplicabilidad de estos derechos, implica la exigencia de una sociedad consciente de su valor, que resulta ser lo imperante para su verdadera garantía, así lo indicaba el profesor Carlos Santiago Nino, al manifestar que

³⁸ Jürgen Habermas, *El Concepto de Dignidad Humana y la Utopía Realista de los derechos humanos*, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001, Mayo del 2010.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., 109.

⁴¹ En referencia a todas las guerras que ha atravesado la humanidad en su historia, véase Ángelo Papachini, *Los Derechos Humanos a través de la Historia*, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4536405.pdf>

aparte de este reconocimiento positivo de los derechos, deba existir por sobre todo, la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda actuación tendiente a desconocerlos.⁴²

De ahí que, en adelante haya existido tenido un desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, desembocando en un primer momento en el reconocimiento de derechos subjetivos, como son lo de primera generación, luego los derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocidos como los de segunda generación, hasta tener reconocidos derechos de tercera generación (distinción para fines académicos, que no tiene implicancia en la realidad constitucional actual del país⁴³), pero de aquello resulta destacable el hecho de que en la actualidad, existe una mayor preponderancia hacia la protección de los derechos y libertades económicas, lo cual rompe el balance y equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales, debiéndose considerar que la dignidad humana es la misma en todo lugar y para todos los individuos, y se fundamenta en la indivisibilidad de los derechos fundamentales.⁴⁴

Entonces, es de todo aquello que Habermas establece:

Tras doscientos años de moderno desarrollo constitucional reconocemos mejor lo que, desde el principio, esa evolución ha señalado: la dignidad humana configura, por así decir, el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al derecho. La idea de la dignidad humana es la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igualitario a cada sujeto con el derecho positivo y la producción jurídica democrática, de tal manera que de su interacción en circunstancias históricas favorables pudo resultar un orden político basado en los derechos fundamentales.⁴⁵

Este texto transcrito nos deja ver circunstancias claras respecto de la consideración actual de la dignidad como premisa de los derechos fundamentales. Habermas nos indica que la *moral igualitaria*, que es universal, es la base de la dignidad humana, y que esta moral igualitaria, que es reconocida y compartida por todos los seres humanos, al ser positivada, y reconocida normativamente, da como efecto el nacimiento de los derechos fundamentales.

⁴² Carlos Santiago Nino, *Ética y Derecho Humanos- Un ensayo de Fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, p. 4.

⁴³ Aquello de acuerdo a la igual categorización de derechos que proclama la constitución en su Art. 11 numeral 6.

⁴⁴ *Ibid.*, 110.

⁴⁵ Jürgen Habermas, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001, Mayo del 2010, 111.

La dignidad humana es el primer lente de observación para, por un lado, establecer parámetros universales de igualdad, ya que la dignidad nos pertenece a todos los seres humanos sin distinción, así como ser la medida para que a través de acontecimientos históricos y los conflictos que ocurran en el tiempo, sirvan para ir integrado nuevos derechos que tutelen y garanticen una suficiencia *digna* de las personas.

6. El contenido normativo de la dignidad humana.

Tal como se ha podido vislumbrar, la dignidad humana tiene un fundamento moral que irradia universalmente hacia todas las personas lo cual implica la premisa para el reconocimiento de derechos, sin embargo, esta apreciación del ser humano no tendría una razón de ser si es que no existe una forma de dar contenido jurídico a este concepto. Es decir, frente a la noción de dignidad humana como fuente creadora de derechos, resulta imprescindible entender la forma en que sus exigencias se regular e infieren desde la perspectiva del derecho, aquello enmarcado tanto en el ámbito del derecho internacional, así como el ecuatoriano.

Conforme se puede apreciar, la noción de dignidad humana aparece íntimamente vinculada al concepto de derechos humanos. Es la causa de que se reconozcan derechos, es su justificación. Esta idea la expresa magistralmente Agnes Heller y la escuela de Budapest, en el sentido de señalar que: “El derecho a tener y a poner en práctica derechos es la especificación del valor de la dignidad humana”⁴⁶.

Sin embargo, el término “dignidad” es, relativamente, de reciente aparición en la literatura jurídica. No figuraba en las primeras y emblemáticas declaraciones de derechos de los Estados Unidos de América y de Francia de finales del XVIII, ni en los textos posteriores hasta casi la segunda mitad del siglo XX. Tradicionalmente, las cartas y declaraciones de derechos se fundaban más en las nociones de libertad, igualdad, propiedad, e incluso búsqueda de la felicidad, que en la de dignidad⁴⁷

⁴⁶ María Luisa Marín Castán, *La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales*, *Revista de Bioética y Derecho*, 2007, 8.

⁴⁷ *Ibid.*

Es por ello que, la normativización a los textos jurídicos del concepto de dignidad humana se iba a producir en el contexto de la internacionalización de los derechos humanos, para luego ser incorporada a las constituciones de diversos estados, de lo cual resulta relevante realizar la siguiente caracterización:

6.1. La dignidad humana en el derecho internacional.

La normativización de la dignidad en los textos jurídicos aparece inicialmente en el plano internacional, a partir de las primeras declaraciones y documentos elaborados y proclamados el seno de la Organización de las Naciones Unidas. De lo cual aparecen claramente expresadas en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, como tratado constitutivo de dicha Organización, señalándose en su Preámbulo que los Estados miembros reafirman su fe en “los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”⁴⁸. Y la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948 reitera en su Preámbulo, la fe de Naciones Unidas en “la dignidad y el valor de la persona humana”, declarándose en su artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres iguales en dignidad y derechos”⁴⁹

De igual manera resulta trascendente poner evidencia en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. En los Preámbulos de ambos Pactos, concretamente en su segundo considerando, se efectúa una remisión a la Carta de las Naciones Unidas y señala que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento a la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”⁵⁰

Por otra parte la Convención Americana sobre los Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969, en su preámbulo determina: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino

⁴⁸ ONU Asamblea General. *Carta de las Naciones Unidas*, 1945, preámbulo.

⁴⁹ ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁵⁰ ONU Asamblea General. *Pactos de Derechos Civiles y Políticos. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 19 de diciembre de 1966, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>

que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”⁵¹ Mientras que en el Art. 11 prescribe: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”⁵²

Entonces, la positivación de la noción de dignidad humana dentro de las diversas declaraciones de derechos vendría a ser una caracterización internacional a modo de “conciencia jurídica” respecto del valor inherente que tiene cada ser humano respecto de su misma dignidad.

De igual manera la Jurisprudencia Internacional, ha sido base de posicionamientos respecto a la dignidad humana, dentro de los cuales se tiene el voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú, de 02 de Agosto de 2008, que señala:

[...]La conceptualización de la persona humana fue enaltecida en el pensamiento de Emmanuel Kant, al reconocer a esta última una dignidad intrínseca, la cual exige respeto por uno mismo y en las relaciones de uno con todos los demás seres humanos. Cada persona, como ser moral (homo noumenon), sujeto de razón práctica, es un fin en sí misma, no pudiendo jamás ser tratada como un medio para los fines de otros. En sus Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres (1785)³¹ E. Kant enunció su célebre imperativo, según el cual cada persona debe obrar sólo según una máxima que aspire al mismo tiempo que se torne ley universal. De ahí los imperativos de deber de cada ser racional, de uno con todos los demás. Cada ser racional existe como fin en sí mismo, y jamás como medio para los demás. Subyacente al razonamiento kantiano está el principio de la dignidad inherente a cada ser humano, el cual marca presencia, en nuestros días, en todo el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su preocupación fundamental es con la protección de la dignidad humana, en toda y cualquier situación [...]⁵³

6.2. La dignidad humana en el derecho constitucional comparado y ecuatoriano.

El reconocimiento de la dignidad humana en el ámbito normativo interno de diferentes naciones tiene su determinación por una parte La Ley Fundamental de la

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Corte IDH, *caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú, de 02 de Agosto de 2008.*

Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008. Serie C. No. 181

República Federal de Alemania, aprobada hace más de 60 años, la que comienza con un capítulo sobre los derechos fundamentales, y éste empieza igualmente con el siguiente enunciado en el artículo 1: “La dignidad humana es inviolable”⁵⁴. A continuación, el apartado 2 de este mismo precepto añade que: “Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.⁵⁵

El Art. 1 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976, determina que: “Portugal es una República soberana basada en la dignidad de la persona humana”⁵⁶ Por otra parte, la Constitución española la cual en su Art. 10.1 que determina: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos”.⁵⁷ Es el caso, de la Constitución italiana, en el art. 3 afirma que todas las personas tienen “igual dignidad social”⁵⁸

En el caso de las constituciones latinoamericanas encontramos el art. 33 de la Constitución de Costa Rica que prohíbe “discriminaciones contrarias a la dignidad humana”; en el art. 1 de la Constitución de Perú, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; en el art. 6 de la Constitución de Bolivia, que afirman “que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y que es deber primordial del Estado respetarlos y protegerlos”; en la Constitución de Colombia, que introduce, en el art. 1, la dignidad humana entre los principios fundamentales del Estado y reconoce, en el art. 15, el derecho de toda persona a la propia intimidad personal, familiar y a su buen nombre; en el art. 1 de la Constitución de México, que prohíbe toda discriminación dirigida a atentar contra la dignidad humana⁵⁹ Por su parte en el Ecuador la dignidad humana aparece desarrollada tanto en el preámbulo, cuanto en diversos pasajes normativos con significaciones distintas, de lo cual las normas más significativas y que serán materia de estudio posterior son las siguientes:

⁵⁴ Alemania, *Ley Fundamental de Bonn*, Art.1.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Portugal, *Constitución de la República Portuguesa*, Art. 1.

⁵⁷ España, *Constitución de la República de España*, Art. 10.1.

⁵⁸ Italia, *Constitución de la República de Italia*, Art. 3.

⁵⁹ Giancarlo Rolla, *"El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas"*, Anuario de Justicia, Madrid España, 2002.

El preámbulo establece: “Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”⁶⁰

El Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República determina:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.⁶¹

Mientras que el Art. 66 prescribe: “Se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la 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”.⁶²

Es así que la relevancia de la dignidad humana que ha sido reflejada en las diferentes cartas de declaraciones de derechos, así como expresadas en textos constitucionales de diversos estados y del propio estado ecuatoriano, implica de manera ineludible su reconocimiento de la dignidad humana con las siguientes características:

1. Es un valor (como el del preámbulo de la Constitución ecuatoriana) que conecta al derecho con la moral. Esa dignidad opera como un límite deónticamente infranqueable respecto de lo que puede hacerse con el hombre, es decir, opera como lo que se denomina un absoluto moral, fijando aquello que no debe hacerse nunca con el ser humano⁶³. La dignidad es la referencia axiológica básica del sistema de derechos. La dignidad es el fundamento de los derechos, y no su consecuencia, los seres humanos tienen derechos porque se predica su dignidad⁶⁴.

⁶⁰ Ecuador Constitución Política de la República, Preámbulo.

⁶¹ Ecuador, Constitución Política de la República, Art. 11 numeral 3.

⁶² Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Art. 66 numeral 2.

⁶³ Jhon Finnis, *Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales*, en <https://core.ac.uk/download/pdf/83564592.pdf>

⁶⁴ Francisco Ansuátegui Roig, *Derechos Fundamentales y Dignidad Humana*,

2. Es un principio constitucionalizado con dos características: a) Para, Peter Haberle ha venido a borrar la dicotomía "Estado y sociedad", reformulándola en la nueva propuesta "ciudadano y Estado" siendo, sin duda, una "autopresentación exitosa de una persona constituida en individuo"⁶⁵, es decir dicta parámetros de integración e interpretación de otros derechos con una perspectiva encaminada a defender a la persona (Art. 66 numeral 2 de la Constitución del Ecuador. De esta última idea se verifica la importancia en la que la noción de dignidad humana ha ejercido como influencia para la concepción del derecho y su transformación a un estado de derechos. Como determina Haberle, si las constituciones del Estado liberal de Derecho suponían una sociedad basada en ciudadanos (considerados en abstracto) iguales y disciplinaban preferentemente las instituciones dirigidas a asegurar las libertades de los individuos, el constitucionalismo propio del Estado social, en cambio, se decanta por el paso de una concepción ideal a una visión social de la persona humana. Los ciudadanos se contemplan como hombres y mujeres en una dimensión de personas concretas, que pertenecen a una sociedad no ya homogénea, sino llena de profundas diferencias y desigualdades. ⁶⁶ b) A su vez resulta un principio que persigue dotar de contenido a nuevos derechos y que amplía la posibilidad de inferirlos a partir de la misma dignidad (Art. 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador).
3. Es un derecho como el constante en el Art. 11 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que explícitamente la configura como un derecho exigible y tutelable.

En definitiva, la relevancia de la dignidad humana en el ámbito jurídico, adquiere una preponderancia que va más allá de una prescripción moral o deontológica, alcanza categorías de principios que persiguen un fin de mejoramiento de condiciones de las personas en término de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, así como también se erige como un derecho en estricto en estricto sentido, que en el caso

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Giancarlo Rolla, *"El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas"*, Anuario de Justicia, Madrid España, 2002.

ecuatoriano y hablando de la Convención Americana de Derechos Humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad que será estudiado posteriormente.

Capítulo segundo.

El derecho a la muerte digna, estudio de los procedimientos que lo integran

Cuando se observa en gran detalle el catálogo de derechos que se encuentran establecidos en la Constitución ecuatoriana, es evidente puntualizar el avance normativo en el reconocimiento de ciertos derechos que hace pocos años no se encontraban positivizados en el ordenamiento jurídico interno.

La mayoría de estos derechos, han sido considerados, y tutelados en el sistema jurídico ecuatoriano, porque a través hechos claros y reales, se han verificado que sin su regulación, lesionaban la dignidad de la persona en diferentes ámbitos. Es así que, por ejemplo, el derecho a la libertad sexual⁶⁷ se fundamentaba en la dignidad que tenían los grupos GLBTI a que, en los mismos parámetros de igualdad que tenían del resto de personas, puedan desenvolver su autonomía y libertad, aquello contando con un reconocimiento estatal que los proteja y garantice de cualquier forma de racismo o abuso que menoscabe aquella premisa de igualdad.

De la misma manera, el objeto de esta investigación es el análisis, estructura y garantía del derecho a la muerte digna, pero no aquella establecida desde la perspectiva de brindar ciertos cuidados para que el sufrimiento de una persona en un estado terminal sea menor; sino, sobre todo, la búsqueda de tutelar un derecho que, en base de una decisión voluntaria permita que el aparato Estatal brinde garantías para su efectivo cumplimiento.

Es decir, que la base de una autodeterminación voluntaria en una situación de enfermedad terminal irreversible es fundamento de este trabajo, y de manera primordial, establecer el argumento claro del origen del derecho a la muerte digna, que paradójicamente se nutre del derecho a la vida, y al final encuentra su verdadera esencia, en la dignidad humana, como un fundamento decisorio que permita a cualquier persona, encontrar un amparo seguro y eficaz del estado.

Este término tan complejo (muerte digna), y muchas veces polisémico, para ciertos sectores políticos o religiosos, requiere en la realidad social y cultural, que tenga

⁶⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, (2008), Art. 66 numeral 9.

un estudio claro y justificado de las premisas que garanticen su tutela y por sobre todo, buscar liberar ideas arraigadas, como lo enunciaría el propio Séneca, en cuanto a que la muerte debe dejar de ser estigmatizada y temida, y por el contrario debe ser repensada y valorada como parte de la vida.⁶⁸

Por este motivo, es que en un primer momento se analizarán los procedimientos que abarcan la muerte digna y sus diversas acepciones, así como su regulación en el contexto ecuatoriano⁶⁹, para luego justificar y enmarcarla como parte de un derecho que requiere una garantía por parte del Estado.

1. Procedimientos que integran la muerte digna

Existen diversas perspectivas en cuanto a determinar todos los aspectos que se encuentran imbuidos dentro de la muerte digna, de lo cual se han realizados innumerables categorizaciones de esta. En este trabajo se realizará una clasificación clara y sistematizada que permita una mejor comprensión⁷⁰. La importancia de realizar esta diferenciación en el presente trabajo radica principalmente en poder categorizar todos los elementos que han sido considerados como parte del “derecho a la muerte digna”, para finalmente delimitar en dos, los procedimientos que efectivamente requieren una protección estatal.

1.1. La eutanasia.

No existe otro término tan polisémico y muchas veces mal utilizado como es la “Eutanasia”, el cual dentro de su acepción etimológica proviene del griego *eu* y *thanatos* que significa “buena muerte”, pero han surgido varias divergencias a la hora de tratar de dar significación a este término y darle un contenido real.

⁶⁸ Séneca, L. A., “Carta XCVIII”, en *Cartas Morales a Lucilio*, 343.

⁶⁹ Entendido este contexto en el marco de la normativa de salud, así como la Guía Práctica Clínica sobre Cuidados Paliativos, la cual engloba los procedimientos referidos a LET, rechazo al tratamiento y sedación paliativa.

⁷⁰ Dentro de esta investigación, se plasmará la subdivisión y conceptualización traída por la Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitaria de Andalucía y de un trabajo conjunto que ha sido publicado por diversos profesionales en bioética pertenecientes a varias Universidades de España.

Se han hecho varias categorizaciones en cuanto a establecer una eutanasia, directa o indirecta, voluntaria o involuntaria, entre otros, las cuales no han sido esclarecedoras, por el contrario, han generado más confusión en la discusión tanto médica, política y jurídica de este procedimiento. En tal virtud, podríamos establecer que la eutanasia tiene las siguientes características:

- Producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa mediante una relación causa-efecto única e inmediata.
- Se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad.
- En un contexto de sufrimiento, entendido como “dolor total”, debido a una enfermedad incurable que el paciente experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos.
- Son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa.⁷¹

De lo anotado, un requisito para poder hablar de eutanasia es que exista una petición expresa e informada del paciente, este es su elemento esencial.⁷²

Aquello implica, que la eutanasia siempre es, por definición, voluntaria, y la eutanasia involuntaria no es eutanasia. Lo mismo puede afirmarse de expresiones como “eutanasia directa” o “eutanasia activa”, pues la eutanasia es, por definición, siempre ambas cosas y el problema de las opuestas, “indirecta” o “pasiva”, es que no son eutanasia. Otra subclasificación de Eutanasia (directa, indirecta, voluntaria e involuntaria) deberían ser abandonada a fin de que se pueda contar con una mayor precisión y claridad en este concepto. En esta circunstancia, el primer elemento de esta

⁷¹ Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitaria, *Ética y Muerte Digna*, (Andalucía, Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 2008) 32, 33.

⁷² Dentro de este procedimiento no cabe confundir otras expresiones equivocadas de Eutanasia, que se han catalogado como: Directa. - Son acciones que producen la muerte de un paciente de forma inmediata Indirecta. - Son acciones en las que el vínculo de causalidad entre la muerte del paciente y la intervención es menos evidente, bien porque no está claro el mecanismo de acción, bien porque hay distancia temporal entre ambos Voluntaria. - Son actuaciones realizadas a petición expresa del paciente capaz o a petición propia Involuntaria o impuesta. - Son actuaciones realizadas sin que medie petición expresa del paciente. Suele realizarse a petición de los familiares o por iniciativa del propio profesional. (Pablo Simón Lorda, *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*, (Granada, 2007), <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>)

investigación y que forma parte del derecho a la muerte digna, se refiere a la Eutanasia, entendida y delimitada, como aquella en la cual existe un consentimiento y petición expresa del paciente y que ha sido fruto de la voluntad consiente e informada, manifestada en total uso de sus facultades mentales y sin presión externa de ningún tipo.

En el Ecuador la Eutanasia es definida de manera coincidente con el concepto referido en líneas anteriores como: “el acto que tiene por objeto terminar deliberadamente con la vida de un paciente con enfermedad terminal o irreversible, que padece sufrimientos que él vive como intolerables, y a petición expresa de este”.⁷³

1.2. El suicidio asistido

El suicidio asistido es un procedimiento que tiene varias características similares al de la Eutanasia, es decir:

- Producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa mediante una relación causa-efecto única e inmediata.
- Se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad,
- En un contexto de sufrimiento, entendido como “dolor total”, debido a una enfermedad incurable que el paciente experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos.
- Son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa.⁷⁴

Pero, tiene una diferencia muy sutil, en cuanto a que en este contexto, la actuación del profesional se limita a proporcionar al paciente los medios imprescindibles para que sea él mismo quien se produzca la muerte, se habla de suicidio médicamente asistido o suicidio asistido sin más. Es decir, que es la misma persona quien ejecuta el acto final que produce el cese de sus funciones vitales, lo que realiza el médico en este

⁷³ Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español)*, Ministerio de Salud, Ecuador, 2014.

⁷⁴ Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitaria, *Ética y Muerte Digna*, Andalucía, Junta de Andalucía. (Consejería de Salud, 2008) 32 y 33.

caso, es genera toda la estructura logística que le permita cumplir con este cometido al paciente que se encuentra en capacidad plena de decidir y ejecutar este acto.

El suicidio asistido no tiene una conceptualización expresa en nuestro país, sin embargo, la Guía Práctica Clínica sobre Cuidados Paliativos, refiere al suicidio en general, como un riesgo para el propio paciente que requiere de un tratamiento y evaluación a fin de evitar que este hecho ocurra en la persona que se encuentra en fase final de su vida.⁷⁵

Entonces este es el segundo procedimiento que abarca a la muerte digna, que junto a la Eutanasia, son los mecanismos que no han tenido una regulación y alcance normativo por parte del Estado Ecuatoriano.

1.3. Limitación del esfuerzo terapéutico (LET)

Resulta igualmente necesario, determinar otros procedimientos de muerte que han sido utilizados, y que en varios países del mundo son considerados como parte del “Derecho a la Muerte Digna”. Dentro de los cuales se tiene la Limitación del Esfuerzo Terapéutico

El cual que se refiere a la retirada, o por otro lado el no inicio de medidas terapéuticas de soporte vital porque en este caso el médico cree, en la situación concreta del paciente, son inútiles o fútiles ya que tan sólo consiguen prolongarle la vida biológica, pero sin posibilidad de proporcionarle una recuperación funcional con una calidad de vida mínima.⁷⁶

Según el Hastings Center, uno de los centros de bioética más importantes del mundo, se entiende por tratamiento de soporte vital (TSV) “toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o el proceso biológico causal”. La ventilación mecánica, la reanimación cardiopulmonar, las drogas vasoactivas, los sistemas de depuración extrarrenal, la nutrición parenteral o

⁷⁵ Para mayor abundamiento véase, Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español)*, Ministerio de Salud, Ecuador, 2014, p 125.

⁷⁶ Pablo Simón Lorda, *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*, Granada, 2007, <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>

enteral y los hemoderivados son tratamientos de soporte vital. La retirada o el no inicio de dichas medidas permiten a la enfermedad concluir su victoria sobre la vida del enfermo.

Es por tanto, la enfermedad la que produce la muerte del enfermo, y no la actuación del profesional. La LET “permite” la muerte en el sentido de que no la impide, pero en ningún caso la “produce” o la “causa”. Esta diferencia entre “permitir” la muerte y “producir” la muerte es clave, pues es la que separa la LET de la eutanasia.⁷⁷

En definitiva, este procedimiento busca principalmente, que los profesionales de salud, luego de una evaluación médica prolija, establezcan que resulta fútil, la aplicación de un tratamiento de soporte vital, el cual no tendría objeto alguno dadas las condiciones del paciente a ser atendido, siendo que por su estado crítico en nada ayudaría al mejoramiento de su salud.

Por otro lado, esta actuación tiene su desventaja en la práctica diaria de medicina, con lo que se ha denominado “ensañamiento médico”, que consiste la aplicación de métodos extraordinarios y desproporcionados de soporte vital en enfermos terminales de las que, por el grado de deterioro órgano funcional no suministran beneficio alguno a los pacientes y simplemente prolongan innecesariamente su agonía.⁷⁸ Por lo que no estaría justificado con este argumento, el hecho de que un profesional de salud realice más procedimientos médicos, cuando es claro y evidente que no va a existir una mejora en las condiciones del paciente.

En el contexto médico ecuatoriano, la limitación del esfuerzo terapéutico se encuentra definida en la Guía Práctica de Cuidados Paliativos como: “la decisión de restringir o cancelar algún tipo de medidas cuando se percibe una desproporción entre los fines y los medios terapéuticos, con el objeto de no caer en la obstinación terapéutica.”⁷⁹ En esta misma guía, se establece de igual manera en cuanto a la información, comunicación y toma de decisiones lo siguiente: “Los clínicos deberían facilitar la toma de decisiones ante dilemas éticos en la fase final de la vida (limitación

⁷⁷ Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitaria, *Ética y Muerte Digna*, Andalucía, Junta de Andalucía. (Consejería de Salud, 2008) 41 y 42.

⁷⁸ Diana Vargas. “*Código de Ética: Academia Mexicana de Cirugía*”; 2010.

⁷⁹ Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español)*, Ministerio de Salud, Ecuador, 2014.

del esfuerzo terapéutico, alimentación e hidratación, sedación, etc.), teniendo en cuenta los valores y preferencias del enfermo y su familia”⁸⁰ Es decir que se configura como un mecanismo decisorio conjunto entre el médico y el paciente quienes pueden establecer el momento en el cual cesen los tratamientos, por ser considerados inocuos.

Así también, resulta necesario en este punto, esclarecer que la limitación del esfuerzo terapéutico, no puede inferirse como un delito de homicidio culposo por mala práctica profesional en el marco jurídico ecuatoriano, el cual según el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal consiste en “La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”⁸¹, aquello por cuanto, no ha existido por un lado una falta de deber objetivo de cuidado, ya es producto de un resultado de un proceso de valoración clínica ponderada, e incluso colegiada entre diferentes profesionales, sobre el grado de adecuación, proporcionalidad, necesidad o futilidad de una determinada intervención médica. Por lo que en definitiva no es una práctica contraria a la ética, no es punible, y no es eutanasia.

1.4. Rechazo de tratamiento o denegación de consentimiento.

Así como en la toma de decisiones clínicas y sus procedimientos, cuando un paciente es internado en un centro hospitalario, depende del profesional de la salud, también es importante establecer el derecho que tiene el propio paciente de rechazar cualquier tipo de tratamiento médico si considera que no es el más apropiado para él, o simplemente no quiere sujetarse a dicha intervención.

Es decir que este modelo, postula que los pacientes pueden ejercer siempre su autonomía moral y tomar las decisiones que estimen convenientes respecto a su cuerpo o su salud. Sólo en situaciones excepcionales, como el peligro para la salud pública o ante una emergencia vital súbita e inesperada que no permite demoras en la atención y donde no exista constancia previa de las preferencias del paciente, los profesionales pueden

⁸⁰ Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español)*, Ministerio de Salud, Ecuador, 2014.

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial número 180, de 10 de febrero de 2014, Art. 146.

actuar sin su consentimiento⁸². Se puede remitir dicha circunstancia al contexto jurídico ecuatoriano, con dos normas, una constitucional establecida en el Art. 362 que determina:

La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.⁸³

Norma que se empata, con el Art. 7, literal h de la Ley Orgánica de Salud: “Art. 7. Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: 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 las personas y para la salud pública [...]”⁸⁴

Por lo que, en base a la propia autonomía y voluntad decisoria del paciente, tiene el derecho de autorizar, si se somete o no a un tratamiento médico. No existe la obligación por parte del profesional de salud de intervenir a su paciente, si este no lo consiente, tal es así que en el servicio de salud ecuatoriano, como en la mayoría de países del mundo, previo a cualquier tipo de procedimiento médico, es obligatorio que se suscriba un formulario de consentimiento informado respecto a la realización de dicho tratamiento. De aquello es necesario hacer mención al Modelo de Gestión de Aplicación del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial emitido por el Ministerio de Salud ⁸⁵ el mismo que fue aprobado y expedido a través del Acuerdo Ministerial 5316, publicado en el Registro Oficial Suplemento 510 del 22 de febrero de 2016. Este modelo se configura de obligatoria observancia en el país para todos los establecimientos del

⁸² Pablo Simón Lorda, *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*, (Granada, 2007), <http://www.samfyc.es/pdf/GdTbio/201028.pdf>

⁸³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008

⁸⁴ Ecuador, Ley Orgánica de Salud, Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006, Art. 7 literal h.

⁸⁵ Ecuador, Ministerio de Salud Pública, *Documento de socialización del modelo de gestión de aplicación del consentimiento informado*, Acuerdo Ministerial 5316, Registro Oficial 510, 22 de febrero de 2016, https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2014/11/MSP_Consentimiento-Informado_-AM-5316.pdf

Sistema Nacional de Salud⁸⁶, en el mismo se regula el procedimiento y formas del consentimiento informado, así como elabora los procedimientos y los principales elementos que debe contener el respectivo formulario de consentimiento informado, así como también la forma de suscribir un documento de negación de procedimiento⁸⁷ Es en esta virtud, que se puede inferir que este acto de rechazo al tratamiento consta ya tutelado en el ordenamiento jurídico, y por ende goza de una protección normativa específica.

1.5. Sedación paliativa

Por sedación paliativa se entiende la administración de fármacos a un paciente en situación terminal, en las dosis y combinaciones requeridas para reducir su conciencia todo lo que sea preciso para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios que le causan sufrimiento, contando para ello con su consentimiento informado y expreso o, si esto no es factible, con el de su familia o representante.

La sedación paliativa se trata de una práctica clínica que, si se realiza conforme a las indicaciones clínicas y prescripciones técnicas, y contando con el consentimiento informado del paciente o de su representante, no debería ser considerada de un modo muy diferente al de cualquier otra actuación médica.⁸⁸

Es importante señalar que este consentimiento debe ser expreso, bien del propio paciente, bien de su representante. Lo que hace aparentemente especial a esta actuación es que uno de sus posibles efectos secundarios, por un mecanismo no del todo aclarado, puede contribuir a acortar el tiempo de vida del paciente.

Por eso, para justificar esta práctica, y evitar la acusación de “eutanasia” encubierta, que como ya sabemos se ha bautizado con el rebuscado nombre de

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Este modelo de gestión de aplicación del consentimiento informado tiene como objetivo: Asegurar el derecho de los pacientes a ser informados, previo a la toma de decisiones respecto a la atención de salud, con el fin de promover su autonomía en las decisiones sobre su salud y su cuerpo. Así como condiciona este consentimiento a que El consentimiento informado requiere que un paciente, legalmente capaz, comprenda, acepte consciente, libre y voluntariamente, luego de una decisión reflexiva, un procedimiento médico, ya sea diagnóstico o terapéutico, luego de recibir información de los riesgos y beneficios y alternativas posibles, véase https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2014/11/MSP_Consentimiento-Informado_-AM-5316.pdf

⁸⁸ Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitaria, *Ética y Muerte Digna*, Andalucía, Junta de Andalucía. (Consejería de Salud, 2008), 55.

“criptotanasia”, se ha acudido al uso de un antiguo principio moral, el “principio del doble efecto”. Este principio refiere que, cuando una determinada actuación tiene dos posibles efectos, uno positivo y otro negativo, si la persona actúa buscando intencionadamente el efecto positivo, pero como consecuencia de ello se produce, además, de manera no buscada, el negativo, la actuación es moralmente correcta⁸⁹. Este tipo de argumentos es lo que ha dado lugar a atribuirle a la sedación el confuso nombre de “eutanasia indirecta”.

Circunstancia que no parece del todo acertada, pues todas las prácticas clínicas tienen efectos secundarios no deseados ni buscados, y no por eso se invoca continuamente este principio para justificar la conducta de los profesionales cuando esos efectos nocivos indeseables se producen.

Por ende, parece claro, que el derecho a recibir la adecuada sedación, si así lo desea el paciente o su representante, forma una parte incuestionable del “derecho a la dignidad ante el proceso de la muerte”, como una de las prestaciones que deben incluirse en un proceso de cuidados paliativos integrales y de calidad.

Ahora bien, en el Ecuador es la tantas veces mencionada guía práctica de cuidados paliativos, la que conceptualiza este procedimiento al establecer:

Se entiende por sedación paliativa la administración deliberada de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas para reducir la consciencia de un paciente con enfermedad avanzada o terminal, tanto como sea preciso para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios y con su consentimiento explícito. La sedación en la agonía es un caso particular de la sedación paliativa, y se define como la administración deliberada de fármacos para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico o psicológico, mediante la disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia en un paciente cuya muerte se prevé muy próxima.⁹⁰

⁸⁹ Léase, Montecinos, Alejandro Miranda, *El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico*, (Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3, 2008), 485 - 519, “Conforme a esta distinción, la idea principal que subyace al principio del doble efecto es que una persona no es igualmente responsable por todos los efectos malos que se siguen de su acción, sino que existe una diferencia fundamental entre aquellos que intenta y aquellos que solo prevé o debe prever. Por esta razón, el principio cobra toda su importancia dentro de una doctrina, como la de la tradición moral clásica, para la que existen ciertos efectos malos que, concurriendo determinadas circunstancias o factores medidos por la razón, jamás es lícito intentar”.

⁹⁰ Ecuador, Ministerio de Salud Pública del. *Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español)*, Ministerio de Salud, Ecuador, 2014, 189.

Entonces nuestra regulación médica entiende a la sedación paliativa caracterizada en dos momentos puntuales, una la de un enfermo terminal y otra la de un enfermo en estado de agonía. Para lo cual esta guía establece de manera específica las siguientes recomendaciones para la sedación paliativa en agonía:

El proceso de sedación paliativa o en la agonía requiere:

- a) Una indicación terapéutica correcta (existencia de un síntoma o sufrimiento físico o psíquico refractario en el final de la vida del enfermo) efectuada por un médico y, si fuera posible, validada por otro médico.
- b) Consentimiento explícito del enfermo, o de la familia si el enfermo fuera incompetente.
- c) Los profesionales implicados deben tener una información clara y completa del proceso y efectuar el registro en la historia clínica.
- d) Administración de fármacos en las dosis y combinaciones necesarias hasta lograr el nivel de sedación adecuado.⁹¹”

⁹¹ Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español)*, Ministerio de Salud, Ecuador, 2014, p 196.

Tabla 1

Aplicabilidad de los Procedimientos de muerte digna en el Ecuador.

Procedimientos de Muerte Digna	Concepto	Normatividad	Aplicación
Eutanasia	Produce muerte a petición expresa del paciente, realizada por un profesional de la salud.	No existe.	No permitida legalmente (Art. 144 COIP) ni en la deontología médica.
Suicidio Asistido	Produce muerte a petición expresa del paciente, realizada por su propio acto.	No existe.	No permitida legalmente (Art. 146 COIP) ni en la deontología médica.
LET	Retiro o no inicio de medidas terapéuticas por parte del médico, por considerarlas fútiles.	Guía Práctica de Cuidados Paliativos.	Plenamente aplicable en el Ecuador.
Rechazo de Tratamiento	Derecho del paciente de rechazar cualquier tratamiento sino lo considera apropiados.	Modelo de Gestión de Aplicación del Consentimiento Informado.	Plenamente aplicable en el Ecuador.
Sedación Paliativa	Administración de fármacos a un paciente en situación terminal para aliviar su dolor y reducir su estado de conciencia.	Guía Práctica de Cuidados Paliativos.	Plenamente aplicable en el Ecuador.

Fuente y elaboración propias

2. Los procedimientos que dotan contenido al derecho a la muerte digna. Sus principales argumentos en contra

La intención de analizar los procedimientos que componen a la muerte digna puestos a colación en líneas anteriores tiene como fin, el poder englobar a cada uno de ellos como actividades inherentes a un posible derecho a una muerte digna. De tal forma que todos estos tipos de autodeterminación de un paciente son el producto del ejercicio de un derecho que tiene como fundamentos básicos, el cuidado y la voluntad propia de decidir cómo quiere afrontar su vida durante sus últimos instantes previos a la muerte.

Tal como se ha descrito líneas anteriores, los procesos referentes a la limitación al esfuerzo terapéutico, rechazo al tratamiento o negación de consentimiento, así como la sedación paliativa, son actos plenamente válidos, lícitos y aplicados en el contexto de la realidad ecuatoriana.

Mientras que los que claramente no tienen un consenso unánime y han creado varios criterios y diversas posiciones, son las referentes a la Eutanasia y al Suicidio Asistido. Por tal motivo, en el presente trabajo, al referirnos a la Muerte Digna, estaremos en su contenido, haciendo alusión a estos dos procedimientos de Eutanasia y Suicidio Asistido y su forma de reconocimiento como un derecho inherente a la dignidad humana, en el marco constitucional ecuatoriano.

2.1. Argumentos en contra de la muerte digna

Resulta ampliamente relevante poder poner en manifiesto en la presente investigación los principales argumentos que se han formulado en contra de la práctica de la muerte digna, ya sea como eutanasia o como suicidio asistido, a fin de dilucidar todas las perspectivas y visiones respecto a este tema.

- **Argumentos religiosos**

La eutanasia y el suicidio asistido han sido procedimientos criticados y prohibidos por diversos sectores religiosos. Es así que la Carta encíclica *Evangelium* Juan Pablo II confirma con la autoridad de su magisterio juicio moral, nos dicen:

[...]de acuerdo con el Magisterio de mis predecesores y en comunión con los Obispos de la Iglesia católica, confirmo que la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una Persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y la palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia, y enseñada por el Magisterio ordinario y universal⁹²

En esta misma línea según el Catecismo de la Iglesia Católica, el juicio moral sobre la práctica de eutanasia viene a sostener que es moralmente ilícita. Al decir:

Cualesquiera que sean los motivos y los medios, la eutanasia directa consiste en poner fin a la vida de personas disminuidas, enfermas o moribundas, moralmente inaceptable, Por tanto, una acción o una omisión que, de suyo o en la intención, provoca la muerte para suprimir el dolor, un homicidio gravemente contrario a la dignidad de la persona humana y al respeto del Dios vivo, su Creador. El error de Juicio en el que se puede haber caído de buena fe no cambia la naturaleza de este acto homicida, que se ha de rechazar y excluir siempre⁹³

- **Incompatibilidad con la visión del objeto de las profesiones de la salud, por ejemplo, la que aparece en el juramento de Hipócrates.**

Ciertos profesionales de la medicina insisten en que la eutanasia, como el aborto, no son actos médicos, ya que el fin de la medicina es curar, y si no se puede curar al menos mitigar el dolor, y en todo caso atender y acompañar. La eutanasia no cura nada. Los médicos que entran en una mentalidad eutanásica la incorporan a toda su visión profesional y olvidan a Hipócrates.⁹⁴

Asimismo, como cualquier otra persona, el médico está obligado siempre a respetar el principio de la no-maleficencia (no hacer daño intencionado a los enfermos) pero, a diferencia de otras personas, está sujeto también siempre al principio de beneficencia (actuar en el mejor beneficio del enfermo), porque ayudar es el propósito específico de la medicina. En la práctica de su profesión al médico se le exige la máxima generosidad y virtud y, en ninguna circunstancia, podría negarse a prestar ayuda a un enfermo.⁹⁵

⁹² Evangelium Vitae No. 64, véase <http://pastoral.uc.cl/archivos/pontificios/evangelium-vitae.pdf>

⁹³ Catecismo de la Iglesia Católica No. 2277, véase <http://www.bibliascaticas.net/?cat=2277>

⁹⁴ Alejandro Goic G, Apuntes Sobre la Eutanasia, Revista Médica Chile, 2005, 372.

⁹⁵ Ibid.

- **Es cada vez más innecesario recurrir a la eutanasia ya que los cuidados paliativos logran controlar cada vez mejor el dolor y el sufrimiento.**

La medicina dispone de recursos terapéuticos poderosos que permiten aliviar los dolores y angustias de los enfermos terminales, sin necesidad de transgredir su propósito central. Podrá haber excepciones, pero según este criterio, en la práctica, es difícil imaginar una situación clínica en que el médico no pueda hacer nada por aliviar a un paciente de sus sufrimientos, que no sea provocándole la muerte. La Asociación Médica Mundial considera contrarios a la ética y condena tanto el suicidio con ayuda médica como la eutanasia. En cambio, recomienda los cuidados paliativos: “La eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad.”⁹⁶

- **El argumento de la pendiente resbaladiza**

El modo más habitual de definir este argumento sostiene que la despenalización de la eutanasia desembocará muy probablemente en otras situaciones lamentables no imaginadas ni previstas originalmente por semejante legislación. Es decir, el paso de la voluntariedad a la imposición, de la eutanasia voluntaria a la eutanasia no voluntaria y a la involuntaria. Es decir, a partir de este argumento, se fija en la evolución en cuanto a los motivos esgrimidos para dar el primer paso y los alegados en pasos ulteriores: legitimada inicialmente la eutanasia voluntaria para evitar dolores insoportables en enfermos terminales, las justificaciones se extienden al sufrimiento psíquico, a motivos económicos, a evitar gastos inútiles, o a la pérdida de la autonomía. Luego a partir de aquello se produciría la extensión de la eutanasia a personas no contempladas en un principio: recién nacidos con graves malformaciones, adultos con trastornos mentales, pacientes en coma profundo, es decir, personas vulnerables, indefensas, improductivas. En otros casos, se expresan temores de que el dejar morir a algunas personas invocando su baja calidad de vida podía desembocar en la misma acción eutanásica por motivos

⁹⁶ Declaración sobre la Eutanasia adoptada por la 38ª Asamblea Médica Mundial, Madrid, España, octubre de 1987.

racistas⁹⁷ Es decir, tendría un efecto en el tiempo de consecuencia negativas que provocarían que a “pretexto” de una muerte digna se justifiquen y se amplíe su espectro de regulación con resultados fatales.

- **Argumento Consecuencialista**

Este argumento ha sido formulado por el profesor John Finnis, un Filósofo Católico, quien se oponía a las ideas y justificaciones formuladas a favor de la muerte digna esgrimidas por Ronald Dworkin, y que serán materia de análisis en esta investigación. Lo que manifiesta este autor, en palabras del Profesor Manuel Atienza⁹⁸ es que si se produjera un cambio en la legislación respecto de regular la Muerte Digna, cambiaría también la moral de los médicos y del personal sanitario, y todo ello tendría efectos muy perniciosos en los pacientes.

Al borrarse la línea que separa la acción de matar intencionalmente a alguien y la de actuar con la intención de curar, tratar, aliviar o paliar los sufrimientos de alguien, los pacientes tendrían menos razones para confiar en los médicos (por ejemplo, a la hora de informarles sobre sus sufrimientos, ante el riesgo de que aquellos lo interpretasen como una petición de que se les de muerte); y algo parecido ocurriría con los familiares: “muchacha gente encontraría que los más próximos y los más queridos son cada vez menos próximos y menos queridos”⁹⁹

Suponiendo según Finnis, que se tiene un derecho a decidir cuándo morir, lo que no cabe duda es de que existe también, y de manera más obvia, un derecho a decidir no morir. Si la eutanasia se legalizara, en suma, “el derecho a que no te maten quedaría catastróficamente anulado para mucha más gente en relación con los pocos cuyo supuesto derecho a morir se encuentra comprometido por la regulación actual”¹⁰⁰ Y quienes se verían más en riesgo serían los pobres, los ancianos, los miembros de grupos minoritarios o los que no tienen acceso a cuidados médicos.¹⁰¹

⁹⁷ Cfr. F.J. Elizari, El argumento de la «pendiente resbaladiza», o.c., pp. 482-484, citado por Javier Vega Gutiérrez, “La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia. Una Valoración Moral”, (Tesis de Doctorado, Universidad Pontificia de la Santa Cruz), 2005.

⁹⁸ Manuel Atienza y Carmen Juanatey, *Hay Argumentos Plausibles contra la Eutanasia?*, en <https://derechoamorrir.org/2019/01/17/argumentos-plausibles-contra-eutanasia/>

⁹⁹ John M Finnis, *Euthanasia, Morality and Law*, Notre Dame Law School, 1998, 1134.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

3. Los principales argumentos a favor de una muerte digna

Ahora bien, en cuanto a la Eutanasia y el Suicidio Asistido, como términos que engloban la muerte digna, se ha observado a través de sus argumentos contrarios, como se ha mantenido una discusión política, religiosa y jurídica muy intensa en los últimos años. Al tratar de abordar este tema en el contexto de esta investigación, no debe interpretarse el mismo, como si se tratase de apoyar a la muerte en un sentido amplio y general, sino por el contrario, centrarse su análisis en los casos que se refieran a circunstancias específicas de enfermedades terminales insalvables.

Elio Sgreccia, en su *Manual de Bioética*, cita a P. Ariés (*Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Age á nos jours*, 1976), que se refiere a la muerte como tema tabú en los siguientes términos:

[...] En el siglo XX la muerte ha reemplazado al sexo como principal interdicción. En otro tiempo se decía a los niños que los había traído la cigüeña, pero ellos asistían a la gran escena del adiós en la recámara y a la cabecera del moribundo. Hoy los niños son iniciados, desde la más temprana edad, en la fisiología del amor y del nacimiento; pero cuando preguntan por qué ya no pueden ver a su abuelo, en Francia se les responde que se fue a un largo viaje muy lejos, y en Inglaterra, que reposa en un hermoso jardín en el que florecen las madreselvas. A los niños no los traen ya las cigüeñas, pero los muertos desaparecen entre las flores[...] ¹⁰²

A pesar de ello, no se puede ser ajeno a circunstancias evidentes y que requieren de manera urgente una protección estatal. El hecho de la no existencia de un problema “mediático” en el estado Ecuatoriano en torno a la muerte digna no implica el no analizar y evidenciar la falta de conocimiento claro y eficaz del concepto propio de autonomía personal en relación con la sociedad, así como la urgencia de hallar siempre una protección para este grupo de atención prioritaria¹⁰³, el cual no ha tenido mayor protagonismo en el desarrollo jurídico y normativo para efectivizar claramente sus derechos.

A partir de esta circunstancia, y en respuesta a las posiciones contrarias a la muerte digna, resulta esencial exponer argumentos esenciales que la misma ofrece:

¹⁰² Elio Sgreccia, *“Manual de Bioética”*. (México. Editorial Diana, 1996).

¹⁰³ Constitución Política de la República del Ecuador. Art. 35.

1.- El derecho a la muerte digna nace en un primer momento, bajo la defensa de evitar las evidentes y claras manifestaciones de sufrimiento que padecen los pacientes que se encuentran en una situación de enfermedad terminal.

La búsqueda de una justificación para la incorporación de un derecho a la muerte digna implicaba en un primer momento, establecer una suerte de acto de compasión a fin de evitar el sufrimiento inminente en personas que se encontraban en una situación irreversible. Estas prácticas, que históricamente tanto en Grecia como en Roma se encontraban plenamente justificadas¹⁰⁴, ha tenido en Séneca su principal defensor; quien, fundándose en su máxima de que la ley eterna propuso un solo modo de iniciar la vida, pero varios para salir de ella. Corresponde al hombre decidir libremente sobre el sentido y su capacidad de soportar su existencia en el cuerpo¹⁰⁵

Si bien por otro lado la doctrina de la iglesia católica mantenía ideas que propugnaban en contra de estas acciones, sería hasta el siglo XVI que Tomás Moro en su obra *Utopía* manifestaría:

[...]Mas si la enfermedad no sólo es inmedicable sino que también veja y atormenta de continuo, entonces los sacerdotes y los magistrados exhortan al hombre a que, pues está ya sobreviviendo a su propia muerte al estar incapacitado para las funciones todas de la vida, ser molesto a los otros y oneroso a sí mismo, no se empeñe en alimentar por más tiempo su ruina y su pena, ni dude en morir, ya que la vida le es un tormento; antes, movido de una esperanza auténtica, o se exima a sí propio de una vida acerba como de una cárcel y castigo o consienta de voluntad que le liberen los otros; que hará esto prudentemente, porque no es el bienestar sino el suplicio lo que interrumpirá con la muerte¹⁰⁶

De modo idéntico, en la actualidad el teólogo Católico Hans Kung utiliza la compasión para defender la eutanasia desde una perspectiva cristiana, y manifiesta:

¿Eutanasia activa entonces? Mientras unos claman «¡Homicidio!», los contrarios apelan a la compasión, misericordia, gracia, amor solidario. ¿Qué debe prevalecer? Para un cristiano que pretende el seguimiento de Jesús misericordioso, no hay lugar, en todo caso, para una pura ética de las prohibiciones y sanciones. Entonces, ¿qué? Al seguimiento de Jesús corresponde una

¹⁰⁴ Véase, Gonzalo Amador Rivera, *Suicidio Consideraciones Históricas*, en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582015000200012

¹⁰⁵ Séneca, L. A., “Carta LXXVII”, en *Cartas Morales a Lucilio*.

¹⁰⁶ Tomás Moro, *Utopía*. (Madrid, Akal, 1997), 169.

respuesta según una ética de configuración responsable de la vida... desde su comienzo hasta su final.¹⁰⁷

Es por ello apreciable el primer carácter que tiene el derecho a la muerte digna. Se lo estructura como valor que se asemeja a la idea de compasión, el cual debe aplicarse a favor del enfermo que se encuentra en estas circunstancias, siendo apreciable que algunos grupos religiosos defendían esta idea, en el sentido de dotar como ha sido descrito un sentido de contenido moral cristiano a este acto.

En el año 1605, Francis Bacon introduce el término eutanasia, indicando que es la acción del médico sobre el paciente para apresurar su muerte¹⁰⁸. Más, la principal y única idea que envolvía este procedimiento es el hecho de evitar los dolores físicos que padecía esta persona. Lo cual éticamente podía ser considerado como un acto piadoso que tiene como fin terminar con el padecimiento que sufre el enfermo terminar.

En este mismo orden de ideas, al referirse a la eutanasia cabe mencionar lo que establece Peter Singer, para quien “la eutanasia se refiere a acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrarles más sufrimientos o angustias”¹⁰⁹

De la misma forma, importa mucho establecer que si bien la muerte digna ha tenido como origen el acabar con el sufrimiento de las personas, la cualificación y determinación respecto del cómo actuar respecto de este padecimiento, es de entera y completa responsabilidad de la persona que sufre esta circunstancia; es por ello que si bien en un inicio podía considerarse esta actuación como un acto meramente caritativo, resulta imprescindible establecer que este es tan solo una parte del fundamento real y claro de este derecho; aquello por cuanto los sufrimientos físicos, no son siempre el único y preponderante motivo para que una persona en situación terminal decida acogerse a este derecho. En este sentido surge el segundo argumento en torno al mismo.

¹⁰⁷ H. Küng y W. Jens, *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*. (Madrid, Trotta, 1997)

¹⁰⁸ Doris Silvia Alarcón, *LA Eutanasia Aspectos Doctrinarios Aspectos Legales*, Centro de Estudios Bioéticos, <http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf>

¹⁰⁹ Peter Singer, *Ética Práctica*. (2º ed. Cambridge: Organización Editorial de la Universidad de Cambridge, 1995), 111.

2.- El derecho a la muerte digna nace como una garantía autodeterminación al libre desarrollo y toma de decisiones respecto del valor que cada individuo otorga a su vida.

La motivación preponderante y que ha sido la principal forma de defensa argumentativa para quienes apoyan este derecho, es la íntima relación que guarda la muerte digna con el propio derecho a la autodeterminación y con la definición dentro de ella a lo que implica la vida con un valor propio y de carácter subjetivo de cada sujeto.

Este fundamento, resulta del análisis que realiza el autor Ronald Dworkin al respecto del valor intrínseco de la vida y su propio tratamiento, el mismo que es detallado de manera resumida por el profesor Manuel Atienza, en uno de sus artículos publicados en la web, llamado “Dworkin, Eutanasia y la idea de Derecho” ¹¹⁰.

Como antecedente, es necesario establecer un caso que hace alusión Ronald Dworkin, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que resolver, en junio de 1990, el mismo había dado lugar a una gran polémica en ese país: el caso Cruzan.

En esencia, se trataba de lo siguiente:

Nancy Cruzan era una mujer joven que, como consecuencia de un accidente de automóvil que se había producido en 1983 se había quedado en un estado de coma vegetativo permanente. Al cabo de un tiempo, los padres solicitaron a los jueces poder retirarles la alimentación asistida. El Derecho de Misuri exigía para ello una prueba “clara y convincente” de que ése era el deseo de la persona que se encontraba en esa situación. Un tribunal estatal falló a favor de los padres, pero el caso se recurrió y el Tribunal Supremo del Estado de Misuri revocó la decisión. Recurrída de nuevo la decisión (por los padres de Cruzan), el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos que, por mayoría (de cinco votos frente a cuatro) confirmó este último fallo, argumentando que una persona con capacidad para decidir podía rechazar un tratamiento médico que no deseaba, pero que, cuando la persona era incapaz (como ocurría aquí), los Estados podían exigir un estándar de prueba más alto, que no había sido alcanzado por las pruebas que los padres habían ofrecido a través del testimonio de un amigo de Nancy. Los padres de Nancy se dirigieron entonces de nuevo a un tribunal estatal, presentaron el testimonio de tres amigos que dijeron que Nancy les había manifestado que no desearía vivir como un vegetal y obtuvieron una decisión favorable que no fue ya recurrida. Finalmente, en diciembre de 1990, se le retiraron los tubos de alimentación asistida y Nancy Cruzan murió.

Del caso relatado, lo primero que se infiere, es el hecho que de manera tácita, el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a la muerte digna, para las personas que estuvieran en pleno uso de sus facultades, aquello por cuanto, al solicitar en un primer

¹¹⁰ Manuel Atienza, *Dworkin, La Eutanasia y la idea de Derecho*, 2013, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2013/11/dworkin-la-eutanasia-y-laidea-de.html>

momento una prueba de clara y convincente de que su deseo era el de morir, esta situación nos pondría en el supuesto en que cabe preguntarse, ¿qué hubiera ocurrido si Nancy, hubiera tenido la facultad de por sus propios medios expresar su deseo de morir?.

Lo que preocupa más a Dworkin, es el hecho de que el Tribunal haya requerido más pruebas convincentes de la voluntad de la paciente, cuando de las que ya existían había constancia de que era su voluntad. Y, por sobre todo es cuestionable el hecho de que el tribunal considera que mantener a una persona en ese estado (vivir como vegetal) no le supone un daño, cuando en realidad encontrarse en esa circunstancia supone un daño y muy real.

Pero este daño no solo se refiere a un sufrimiento físico, sino que en palabras del autor existe otro tipo de daño:

les preocupa su dignidad y su integridad y la idea que otra gente pueda tener de ellos, cómo son vistos y recordados. Muchos de ellos están angustiados por la carga, emocional o financiera, que mantenerlos vivos pueda suponer para sus familiares y amigos. Muchos están horrorizados al pensar en los recursos que se van a desperdiciar con ellos y que podrían ser usados para el beneficio de otras gentes que tienen vidas genuinas y conscientes que vivir.¹¹¹

Además, que de la decisión tomada por el tribunal y del principio de querer mantener con vida a un paciente en esas condiciones, es para Dworkin una idea equivocada de lo que significa establecer el valor intrínseco de la vida.

Para Dworkin la vida tiene un valor intrínseco, pero su interpretación de tal valor no es religiosa, sino que se expresa de esta manera:

una vez que una vida humana ha comenzado, es tremendamente importante que discurra bien, que sea una buena y no una mala vida, una vida exitosa y no una vida desperdiciada. Mucha gente acepta que la vida humana tiene una importancia inherente en este sentido. Ello explica por qué la gente trata no simplemente de que sus vidas sean placenteras, sino de hacer de ellas algo valioso y también por qué parece una tragedia cuando la gente decide, al final de su vida, que no puede sentir ni orgullo ni satisfacción en relación con la manera como ha vivido¹¹²

¹¹¹ Manuel Atienza, *Dworkin, La Eutanasia y la idea de Derecho*, 2013, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2013/11/dworkin-la-eutanasia-y-laidea-de.html>

¹¹² Ibid.

Para entender este valor intrínseco de la vida, y en resumen la postura favorable que tiene Ronald Dworkin respecto de la muerte digna (eutanasia configurada en su discurso), es necesario establecer las distinciones de categorías que realiza en cuanto a la vida sistematizándola de manera más clara y sencilla:

Primer Paso

Existen dos categorías de cosas en general que son intrínsecamente valiosas:

1. Las incrementalmente valiosas. – es decir que su valor aumenta con su cantidad, cuantas más tengamos mejor.
2. Incrementalmente valiosas en sentido distinto. – son valiosas por el hecho de que existen y a esto Dworkin lo llama “sagrado” o “inviolable”
 - a. Lo sagrado es intrínsecamente valioso porque existe y por lo tanto solo en tanto existe.
 - b. Es inviolable por lo que representa o encarna.

A este respecto hay que establecer que la columna vertebral de lo sagrado se refiere para Dworkin al valor que le atribuimos al “proceso, empresa o proyecto, más que al valor que atribuimos a los resultados considerados con independencia de cómo fueron producidos”¹¹³. Y que, en ciertos casos, “elegir la muerte prematura minimice la frustración de la vida” y, en consecuencia, no ponga en entredicho “el principio de que la vida es sagrada, sino que, por el contrario, respeta de la mejor manera ese principio”¹¹⁴. Obviamente entonces, el hecho de que la vida humana sea valiosa un sentido intrínseco no quita para que lo sea también en un sentido subjetivo e instrumental.

¹¹³ Ronald Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (Ariel, Barcelona, 1994), 122.

¹¹⁴ *Ibid.*, 122.

Segundo Paso

Que se refiere a la distinción de dos clases de razones que las personas tienen para encaminar su vida en una dirección o en otra:

1. *Intereses de experiencia.* - depende “de que las hallemos placenteras o excitantes como *experiencias*”¹¹⁵, y Dworkin pone como ejemplos escuchar música, ver partidos de fútbol o trabajar duramente en algo. Quienes no gozan con esas mismas actividades “no cometen un *error*, sus vidas no son peores porque no compartan mis gustos”¹¹⁶. Aunque, naturalmente, hay cosas que son malas como experiencias (“el sufrimiento, la náusea y escuchar a la mayoría de los políticos”), no desaprobamos a quienes no les importe eso demasiado (o encuentren incluso un valor, por ejemplo, en el sufrimiento).

2. *Intereses críticos.* - Ahora bien, además de esos intereses, dice Dworkin:

la mayoría de las personas piensa que también se tiene intereses críticos, esto es, intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería erróneo y las empeoraría. Las convicciones acerca de qué ayuda globalmente a conducir una vida buena, se refieren a esos intereses más importantes. Representan juicios críticos y no, simplemente, preferencias acerca de experiencias¹¹⁷

Dworkin pone como ejemplos de ello mantener relaciones estrechas con sus hijos, seguir los avances científicos, tener algún éxito en su trabajo o mantener relaciones de amistad. Esto no implica que los intereses de experiencia sean especialmente banales y los intereses críticos necesariamente profundos. Los intereses críticos contienen una idea de aspiración, de idealidad, y cierta exigencia de reflexión sobre la vida como un todo.

Y son estos los que tienen un rol relevante en las razones que se tienen para morir, y que no son exclusivamente las de evitar experiencias de sufrimiento, dolor, sino

¹¹⁵ Ibid., 262.

¹¹⁶ Ibid., 263.

¹¹⁷ Ibid., 63.

también razones críticas, como pensar que es indigno el vivir de ciertas condiciones a pesar de conservar sus capacidades.

Es decir que las concepciones que las personas tienen sobre cómo vivir colorean sus convicciones acerca de cómo morir: “querrían, si fuera posible, que sus muertes expresaran, y confirmaran así vívidamente, los valores que consideran los más importantes de sus vidas”¹¹⁸. Por lo que teniendo en cuenta la inmensa cantidad de diferentes decisiones y factores que se dan al momento de morir, no se puede esperar que sea una sola decisión la única, válida y uniforme para todos.

Tercer Paso

Aquí se hace una distinción moral, entre lo que significa la “inversión” creativa de nuestras vidas:

1.- Inversión Natural, que, para Dworkin, son los fundamentalistas religiosos quienes tienden a poner énfasis en el extremo natural de la vida, algo así como el defender la vida solo por defenderla, al ser un hecho natural y divino.

2.- Inversión Humana, que implica el valor de la vida en base a su contribución, es decir la importancia de lo que hemos desarrollado en nuestras vidas en su trayecto.

En resumen, se pueden deducir las siguientes consideraciones: Si se acepta que la vida tienen un valor intrínsecamente valioso, pero no en un sentido incremental sino sagrado; si lo que le da un valor a la vida no son los intereses de experiencia, sino los interés críticos que son lo que definen como se ha explicado, el desarrollo de nuestra vida y nuestra convicciones; y que la “inversión humana” que se refiere a dar valor a la vida por lo que hemos hecho y no a la “inversión natural” que da una categoría de vida a la misma tanto “per se”, es entonces que dilucidamos que la muerte digna, tiende a su legalización, ya que la autonomía es la única forma de respetar la santidad de la vida, en los términos que han sido analizados.

Es especialmente importante la noción de vida que nos trae a conocimiento Dworkin, porque, en definitiva, lo que intenta demostrar es que la vida es sagrada, pero lo es, no en base a estamentos morales religiosos, sino a una perspectiva de un valor

¹¹⁸ Ibid., 276.

intrínseco que se genera tanto por un valor y calidad de ser humano, cuanto por el desarrollo y peso en cuanto al interés crítico que le demos a la misma. Resulta, una forma de manifestar que cada sujeto tiene un plan de cómo vivir una vida de acuerdo a lo que de manera crítica y particular considera que es esencial e importante para que se desarrolle toda su existencia, más el hecho de que una enfermedad sobrevenga y se interponga con aquella vida sagrada (vista como un todo, como un proceso) causa irreductiblemente que se esté atentando contra esa santidad de la vida, más aún cuando en el caso concreto no existe fórmula para poder establecer un camino irreversible que es la muerte.

Por tanto, el derecho a la muerte digna no solo cumple con un papel encaminado a evitar sufrimientos, sino que aparte de aquello, el hecho de que se genere en una persona cualquiera que sea su condición, una afección a su plan de vida, y la forma como deseaba que la misma llegara a realizarse en plenitud, aquello significa que la única forma de poder respetar esta vida, y la propia autonomía de la persona es la de transferir la decisión sobre su muerte a la misma persona. Como diría Dworkin: “Hacer que alguien muera en una forma que otros aprueban, pero que él cree que es una contradicción horrorosa con su propia vida, constituye una devastadora y odiosa forma de tiranía”¹¹⁹

3. El derecho a la muerte digna se configura como la actividad decisoria autónoma de cada individuo que enerva un paternalismo jurídico desmedido.

Este argumento se vincula de manera muy íntima con el expresado con anterioridad, ya que ambos tienen como objeto vincular la idea de la autonomía y la libre determinación como un elemento clave para la defensa de la muerte digna.

Sin embargo, en este caso resulta imprescindible exponer la forma en que la aplicación de la muerte digna exhibe y demuestra un excesivo paternalismo jurídico por parte de los estados a sus ciudadanos en los cuales no tiene una clara regulación. Es decir, la muerte digna se configura como una de las muestras más evidentes de hacer efectivas nuestras decisiones, sin afectar ciertamente a terceras personas¹²⁰. Para todo

¹¹⁹ Ibid., 284.

¹²⁰ “Las normas jurídicas que protegen la inviolabilidad de la persona no son paternalistas desde el momento en que se demuestre que la acción cuya realización se prohíbe, dificulta u obstaculiza daña a

aquello resulta esencial, entender la significación del término paternalismo jurídico, el cual si bien ha sido ampliamente discutido en la filosofía del derecho¹²¹ se considera que el profesor Miguel Ramiro Avilés expone su contenido de la manera más específica, al manifestar que el mismo supone:

1. La intervención del Estado sobre el comportamiento de las personas mediante el establecimiento de normas jurídicas o el desarrollo de políticas públicas que *aconsejan, desalientan, obstaculizan o criminalizan* su realización.
2. Los comportamientos o acciones que se quieren desalentar o prohibir no suponen un daño directo y relevante a una tercera persona pues no dañan o limitan derechos o libertades fundamentales de terceras personas, lo cual justificaría suficientemente la injerencia del Estado. En el paternalismo el daño, físico o psíquico, o la pérdida del beneficio sólo va a sufrirlo la persona que realiza el comportamiento o la acción que se interfiere. A pesar de esa falta de afectación negativa relevante a terceras personas, el Estado muestra su interés en proteger a las personas porque se presupone que son incompetentes y sobre tal presuposición va a intervenir sobre su elección, modificándola o, al menos, intentando modificarla.
3. En el paternalismo, en tercer lugar, siempre existe un propósito benevolente y de beneficencia, ya sea porque se evita un daño o se procura un beneficio.¹²²

Entonces el paternalismo jurídico utiliza mecanismos normativos o políticas públicas que limitan la actuación de las personas, en aras de protegerlas de actos que dañan únicamente su propia integridad. De este concepto resulta esencial establecer, que el fin

terceras personas en las normas jurídicas que protegen la inviolabilidad de la persona no son paternalistas desde el momento en que se demuestre que la acción cuya realización se prohíbe, dificulta u obstaculiza daña a terceras personas”, en Miguel A Ramiro Avilés, *A vueltas con el paternalismo jurídico*, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7044/DyL-2006-15-Ramiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹²¹ Para un mayor ahondamiento respecto de la conceptualización del paternalismo véase, Ernesto Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 5, 1988; Gerald Dworkin, “Paternalism: some second thoughts” en R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis. Joel Feinberg, “Legal Paternalism”, *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, 197

¹²² Miguel A Ramiro Avilés, *A vueltas con el paternalismo jurídico*, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7044/DyL-2006-15-Ramiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

del paternalismo tal como es concebido en esta investigación¹²³, no procura *per se* una restricción arbitraria de libertades, sino que parte con dos premisas esenciales:

1. La primera es que tiene como fin evitar daño o ser benevolente, es decir “la virtud de hacer el bien”, el cual no debe confundirse con el principio de no maleficencia, pues el primero señala que no se debe causar daño o mal y el segundo que se debe prevenir el daño o el mal; se debe evitar o rechazar el daño o el mal; se debe hacer o promover el bien¹²⁴

2. La segunda se refiere a incompetencia de la persona a quien el Estado procura evitar un daño o procurar su bien, es decir, se considera como “incompetente básico” a aquella persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que es incapaz de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus propios intereses. Esto es, no es capaz de enfrentarse racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida.¹²⁵ Entonces, bajo estos dos supuestos, el Estado establece ciertos mecanismos de “protección”¹²⁶ para todas las personas, los mismos que deberían justificarse a criterio del profesor Manuel Atienza en torno a lo siguiente:

Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si:

- a) Está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad;
- b) Los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica -transitoria o no-, y
- c) Se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en b) y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien¹²⁷

¹²³ Existen otras corrientes del pensamiento como la establecida por Ernesto Garzón Valdés quien no considera como una medida paternalista aquella intervención del Estado que tenga como propósito asegurar un beneficio físico, psíquico o económico, véase Ernesto Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 5, 1988, p 156.

¹²⁴ Tom Beauchamp y James Childress, *Principios de Ética Médica*, Masson, Barcelona, 2002.

¹²⁵ Ernesto Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 5, 1988, p 165.

¹²⁶ Como ejemplos básicos de paternalismo pueden considerarse los casos de la exigibilidad de las normas de tránsito del uso de cascos al manejar motocicletas, la prohibición de venta de medicamentos sin recetas, las leyes que prohíben los juegos de azar, en Ernesto Garzón Valdés, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 5, 1988.

¹²⁷ Manuel Atienza: “Discutamos sobre paternalismo”, en *Doxa* 5,1988, 209.

Ahora bien, en cuanto a la prohibición a la muerte digna y de manera específica la eutanasia, la misma es considerada como una forma de paternalismo jurídico coactivo, porque al amenazar al médico con una sanción en caso de practicarla, se dificulta y en muchos casos se imposibilita al enfermo hacer lo que quiere hacer. Esta enmienda supone entender que en los casos de paternalismo jurídico ambas partes ven restringida su libertad, aunque sólo una de ellas (precisamente, la que no es beneficiada por la medida) es coaccionada¹²⁸

Entonces, de la justificación transcrita por el profesor Atienza, y en el caso de la muerte digna se debe establecer el siguiente análisis:

1. La decisión de dar por terminada con la vida se configura como el “bien objetivo” que tiene esa persona en estado terminal para conseguir morir dignamente, vivir ya no implica la mejor satisfacción de la necesidad de esa persona. El problema es que la prohibición de la práctica de la eutanasia se apoya, en ocasiones, en una concepción del derecho a la vida como un derecho-obligatorio. Sin embargo, se desatiende sistemáticamente un aspecto relevante de la cuestión: la situación en la que queda la persona a la que se le niega la eutanasia. Esta situación conlleva, por un lado, una insatisfacción de necesidades básicas, como la de “no sufrir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”, y, por otro lado, resta valor instrumental a la vida cuando “conduce (en un plazo breve) necesariamente a la muerte”¹²⁹
2. La toma de decisión de la aplicación de la eutanasia o muerte asistida, proveniente efectivamente de personas competentes, quienes han seguido un proceso de información de todas las circunstancias que conllevan su decisión, a la vez que sería compatible con que de hecho ninguna alineación del derecho a la vida fuera permitida por el Estado, no porque en principio esto fuera inaceptable, sino porque la “evidencia de voluntariedad que podamos obtener nunca podrá ser suficientemente fuerte para dejar a un lado la presunción natural de que nadie en

¹²⁸Véase Macario Alemany García, «El concepto y la justificación del paternalismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28 (2005): 265-303, <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.17>.

¹²⁹ *Ibid.*

su sano juicio, totalmente informado, se entregaría a una permanente pobreza o esclavitud o vendería su derecho discrecional a la vida”¹³⁰

De tal manera que se infiere que no existe justificación para la imposición de un paternalismo jurídico en cuanto al derecho a la muerte digna al observar que la persona con enfermedad terminal ha tomado una decisión voluntaria, racional e informada. En este mismo orden de ideas, la forma más clara de poder evidenciar la ineficacia del paternalismo jurídico en la muerte digna y sus consecuencias es a través de casos reales que en la práctica revelen el protagonismo que toma el sujeto que se encuentra imbuido en esta decisión.

El primero de estos casos es el de Bob Dent, de 66 años, con un cáncer de próstata infructuosamente tratado desde 1991. El 22 de septiembre de 1996 Dent fue el primer australiano que se acogió a la Ley de los Derechos de los Enfermos Terminales del Territorio del Norte de Australia, que entró en vigor el 1 de julio de 1996, y que mientras estuvo vigente, se constituyó como la primera ley en aprobar el suicidio asistido y la eutanasia.¹³¹ Satisfechos los requisitos exigidos por la ley, el médico Philip Nitschke diseñó a Dent un programa que controlaba la autoadministración de una inyección letal.¹³²

En este caso nos encontramos con el consentimiento de un paciente en un sistema jurídico que legaliza el suicidio asistido. El mismo que tiene como premisa, el consenso generalizado que existe sobre la importancia que los pacientes competentes otorgan a un proceso de decisión compartida con los médicos.¹³³ Entonces este modelo se distancia

¹³⁰ Véase: Feinberg, Joel: “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, en Anuario de Derechos Humanos, 7, 1990, p 88.

¹³¹. Además de esta, ley en vigor hasta el 23 de mayo de 1997 y empleada en cuatro casos incluyendo el de Bob Dent, hay que tener presente las iniciativas de algunos estados de EUA, sobre todo la de Oregón, profusamente comentadas. En junio de 1997, la Suprema Corte de los Estados Unidos en decisión unánime estableció que las leyes estatales que prohíben el suicidio con ayuda médica no son violatorias de la Constitución americana. Pese a esta decisión, que no resultó sorpresiva, hay que considerar que la Suprema Corte dejó abierta la posibilidad de que las legislaturas estatales puedan autorizar esta práctica. Para un análisis detenido de esta decisión judicial véase Robert Burt, “Los riesgos del suicidio con ayuda médica: primeras lecciones desde la experiencia americana” (trad. Luis Raigosa), en Isonomía, No. 9, ITAM- Fontamara, México, octubre, 1998.

¹³² Francisco Javier Júdez Gutiérrez, “*Cuando se desea morir antes que seguir viviendo*”, en Lydia Feito Grande (Ed.), Estudios de bioética, Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 67s.

¹³³ En Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina del consentimiento informado, tanto en la ética médica como en la jurisprudencia, requiere que no se aplique el tratamiento a un paciente competente sin su consentimiento voluntario, véase Patrizia Borsellino, “*Bioetica tra autonomia e diritto*”, Editore Zadig, Milán, 1999, pp. 69.

del médico paternal que pregonaba “*yo se mejor que usted lo que requiere para su salud*”¹³⁴.

Lo cual tiene sentido para el autor Dan Brock, ya que la toma de decisiones en el cuidado de la salud debe ser un proceso compartido entre el paciente y el médico. Cada uno es indispensable para una buena toma de decisiones. Lo que significa que la medicina debe proporcionar el tratamiento que mejor permite a los pacientes procurar con éxito sus planes de vida. Por lo tanto, la salud tiene un valor *prima facie*: se relativiza en comparación con otras finalidades como, por ejemplo, beneficios y cargas del tratamiento para mantener la propia vida, los costos financieros para los familiares o, aún, los deberes religiosos.¹³⁵

De acuerdo con el mismo autor pueden vislumbrarse dos valores que subyacen a la doctrina del consentimiento informado: el valor del bienestar del paciente y el valor de la autonomía personal. El primero podría formularse en los propios términos de Brock: “la toma de decisiones para el cuidado de la salud debe diseñarse para servir y promover el bienestar del paciente de acuerdo con sus preferencias subjetivas”.¹³⁶ El segundo, es el que ya se ha analizado en esta investigación y que tiene la misma significación para Brock, es decir que la autonomía es un valor independiente y diferente en cada sujeto.

Pero ¿qué ocurriría, cuando en un caso concreto, el bienestar del paciente que persigue el médico choca con su ejercicio de autonomía? En esos casos, como el ejemplo de Bob Dent debe prevalecer la autonomía de la voluntad, ya que es la que efectivamente obedece la voluntad del paciente, y que racionalmente obedece a un caso de una enfermedad terminal irreversible. En definitiva, este caso nos muestra como en la realidad, se ha tutelado este derecho de manera efectiva, sin un paternalismo jurídico que lo impida, acatando la autonomía y voluntad de un paciente, quien decidió de manera independiente y sin presión, dar fin a su vida a través de un procedimiento que para él, era la más dignificante y concordante con el desarrollo de su vida.

Por otro lado, se tiene el caso de Ramón Sampedro, español de 54 años (30 años tetraplégico tras un accidente) que desde 1993 planteó por la vía judicial su derecho a “morir con dignidad” para salir de su “infierno” sin que quien le ayudase tuviera que ser

¹³⁴ León Kass, *Toward a More Natural Science*, New York, Free Press, 1985, p. 173

¹³⁵ Dan Brock, “Medidas de la calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica”, en Martha Nussbaum y Amartya Sen, Comp. (trad. Roberto Reyes Mazzoni), *La calidad de vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, 135.

¹³⁶ *Ibid.*

castigado por ello. En 1997 solicitó amparo al Tribunal Constitucional por segunda vez, sin poder admitirse su caso en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo hasta que no agotara la vía judicial española.¹³⁷ Después de una sentencia desfavorable, se suicidó. Antes de ello dejó grabado un video en el que se exponía además su deseo de morir, y la petición expresa de que no se acusara a nadie por la colaboración necesaria para llevar a término su proyecto. Manteniendo la grabación del video, bebió una solución con cianuro que le causó la muerte en veinte minutos¹³⁸

Este caso presenta la situación de un individuo ante una legislación que prohíbe la muerte asistida médicamente. Si, como es el caso, se trata de un individuo competente (no ignora las relaciones causales, puede llevar a cabo sus propias decisiones, sus facultades mentales son adecuadas, no actúa bajo compulsión y conoce y actúa conforme a las relaciones entre medios y fines) una legislación prohibicionista violentaría el principio de autonomía incurriendo en el paternalismo jurídico injustificado que ha sido referido en líneas anteriores.

En definitiva, este paternalismo debe subsanarse con la regulación normativa de este procedimiento, aquello siempre teniendo en consideración que es el individuo el que toma la decisión sobre su cuerpo. Entonces como afirma Martín Farrell, “si el paciente y el médico están de acuerdo en todas las circunstancias fácticas del caso y se acepta que el deber del médico consiste en restaurar la salud y aliviar el dolor, no puede existir más que un deber moral correlativo por parte del médico al derecho del paciente a morir”¹³⁹.

Empero, existen evidentemente casos de la propia objeción de conciencia del profesional de salud, quien por su moral o convicciones religiosas pudiere oponerse a realizar este procedimiento, en estos casos, resulta primordial que jurídicamente se faculte al médico quien tenga convicciones morales diferentes a fin de que efectúe este procedimiento.

Entonces la no regulación de un procedimiento que requiere una respuesta por parte del Estado provoca una desprotección a sus ciudadanos, y evidentemente en ellos un estado de marginalidad como la que ocurrió con Ramón Sampredo, en la que la decisión de suicidarse fue su último recurso ante la falta de garantías para poder morir de la forma que él deseaba. En definitiva, en este segundo caso, se tiene clara la invisibilización de un sujeto que tenía una

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Martín D. Farrell, *La ética del aborto y de la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985,

voluntad plena de dar por terminada su vida ante su enfermedad terminal. No obtuvo un reconocimiento, ni una tutela efectiva para poder garantizar que su vida termine (ante su grave situación de salud), de la manera que él hubiera preferido.

Estas circunstancias de injusticia y trato inequitativo para con las personas que sufren de enfermedades terminales y que buscan por parte del Estado, de mecanismos poder morir con dignidad, se configuran como el *prius* sobre el que nace este derecho.

Capítulo tercero.

La muerte digna en el derecho comparado. Propuesta de aplicación en el marco constitucional ecuatoriano

1. El desarrollo de la muerte digna en el derecho comparado

La regulación normativa en torno a la muerte digna se ha desarrollado en las últimas décadas, en varios estados del mundo. En tal sentido, se tiene que la muerte digna (ya sea en forma de eutanasia y/o suicidio asistido), está permitida en cuatro países de Europa Occidental: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo y Suiza; en dos países de América del Norte: Canadá y Estados Unidos, en los estados de Oregón, Washington, Montana y Vermont; En Australia en el estado de Victoria cuya capital es Melbourne y en América del Sur, en Colombia¹⁴⁰, regulación que aconteció mediante diferentes procesos legales, ya sean parlamentarios, de estados independientes, o incluso regulados por Cortes Constitucionales, como se verá más adelante, en el caso de Colombia. Por otro lado, existe como en el caso de Argentina, una significación distinta al concepto de muerte digna, el cual tiene una regulación especial que también será analizada.

Por otra parte, existen los casos que refieren a los países de España y Alemania los cuales se encuentran en procedimientos de aprobación y desarrollo normativo de este derecho, tal como se explicará más adelante.

Es así que, resulta trascendente realizar un breve recuento histórico para remontarse a los orígenes de los primeros países que reconocieron este derecho y la forma como se ha aplicado efectivamente.

1.1. El reconocimiento de la muerte digna en Holanda, Bélgica, Suiza y Luxemburgo

Al referirnos a la muerte digna resulta imprescindible referirnos a Holanda, un país que lleva más de treinta años debatiendo públicamente sobre la muerte digna, en un

¹⁴⁰ Mariana Parreiras Reis de Castro y otros, “*Eutanasia y suicidio asistido en países occidentales: una revisión sistemática*”, en http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf

proceso largo, y controvertido. En este proceso ha sido imprescindible el papel de médicos y jueces. La autora Úrsula Benito Gonzáles en su obra “Eutanasia y sedación paliativa en pacientes terminales” refiere de manera muy sistemática y acertada al respecto: “en 1969 el médico Jan Hendrick van der Berg, publicó un libro -Poder Médico y Ética Médica- de gran influencia, en el que recomendaba a los *médicos* acabar con la vida de sus pacientes si el poder de la tecnología médica les hiciera sufrir, vegetar o prolongar injustificadamente su agonía”¹⁴¹

De igual manera, manifiesta la autora “en 1973 la médica holandesa Gertrude Postma fue juzgada por ayudar a morir a su madre, sorda, ciega y dependiente tras un infarto cerebral. Ni su madre, ni ella podían soportar más la situación. El juez consideró que no existía ninguna alternativa terapéutica para aliviar el sufrimiento de la enferma, y la condenó con una sentencia simbólica”.¹⁴²

Mientras que “en los años ochenta en el Parlamento holandés se presentaron varias iniciativas políticas. En 1985 se constituyó una Comisión Estatal para la Eutanasia que siete años más tarde presentó un informe favorable a su regulación. Sin embargo, en 1992 se aprobó una ley que, en lugar de entrar en el fondo del asunto (Código Penal), modificó la Ley de Inhumaciones, estableciendo un procedimiento para que los médicos notificaran la muerte por eutanasia, sin establecer suficientes garantías legales (más allá de la jurisprudencia)”.¹⁴³

De todas estas circunstancias, en Holanda, en 2001 se aprobó la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, la cual entró en vigor desde el 1 de abril de 2002, que establece los requisitos para la práctica la eutanasia.

Los requisitos que no hacen punible la práctica de la eutanasia en Holanda son los siguientes:

¹⁴¹ Úrsula Benito González, *Eutanasia y sedación paliativa en pacientes terminales*, (3Ciencias, 2017), en https://play.google.com/books/reader?id=KvNADwAAQBAJ&hl=es_419&pg=GBS.PA20

¹⁴² Dos años después del hecho, un tribunal de Leeuwarden, en el norte de Holanda, condenó a Gertrude Postma una semana de cárcel, pero dejó la condena en suspenso y abrió en los Países Bajos el debate sobre la eutanasia, en <https://www.elmundo.es/cronica/2000/CR268/CR268-13.html>

¹⁴³ Esto significa que en Holanda se regularon cuestiones procedimentales que regulaban la Eutanasia, pero sin que existan tipificación de normas sustantivas, lo cual implica que en dicho Estado permanecían tipificadas las penas de homicidio consentido y participación en el suicidio, en Carmen Tomás Valiente, *La Regulación de la Eutanasia en Holanda*, Universidad Autónoma de Madrid, 294.

1. Que la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sea residente en Holanda.
2. Que el médico esté convencido de que la petición es voluntaria, está bien meditada y expresa los deseos del enfermo, o sea, que es plenamente capaz y se ha reiterado en su voluntad. Ésta puede haber sido manifestada en un documento de voluntades anticipadas.
3. Que se constate un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora.
4. Que se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro.
5. Que se haya consultado a otro facultativo y que éste haya corroborado el cumplimiento de los requisitos. En caso de sufrimiento psicológico se tienen que consultar dos médicos. Los médicos consultores tienen que ver al enfermo y elaborar un informe por escrito sobre la situación.
6. Que la realización de la eutanasia o auxilio al suicidio se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.¹⁴⁴

Entonces, observamos que el reconocimiento de la muerte digna en Holanda se reviste de un proceso profundo de debate dentro de este país, con el antecedente de varios casos, en los que se evidenció la necesidad de regular circunstancias insostenibles, tanto para el paciente que sufría una condición médica, así como para su familia. Esto desemboca en movimientos políticos, que fuerzan al parlamento a debatir respecto de la entrada en vigor o no de una ley que permita regular estos procedimientos.¹⁴⁵

Si bien finalmente en el año 2002, se aprueba la ley descrita en líneas anteriores, resulta evidente poner en relieve el tiempo transcurrido hasta su efectiva aplicación y regulación, siendo que, en todos esos años, es claro que muchas personas que hubieran querido acogerse a este procedimiento, no pudieron hacerlo en la forma y con el reconocimiento legal que anhelaban.

¹⁴⁴ Úrsula Benito González, *Eutanasia y sedación paliativa en pacientes terminales*, (3Ciencias, 2017), en https://play.google.com/books/reader?id=KvNADwAAQBAJ&hl=es_419&pg=GBS.PA20

¹⁴⁵ Véase, en Carmen Tomás Valiente, *La Regulación de la Eutanasia en Holanda*, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

En el caso de Bélgica, la autora explica “en mayo de 2002 se aprobó una ley que despenalizó la eutanasia. A diferencia de Holanda, la ley belga no menciona el suicidio asistido que se considera una práctica eutanásica”¹⁴⁶. Así también precisa “El primer informe de la Commission Fédérale de Contrôle et d’Évaluation de l’Euthanasie, referido a los quince primeros meses de aplicación de la ley, precisaba que algunas eutanasias fueron en realidad casos de suicidio asistido en los que el propio paciente ingirió por su propia mano el producto letal o activó el mecanismo instaurado con este fin”.¹⁴⁷

La legislación belga es similar a la holandesa, sin embargo, si el paciente no es terminal, el médico debe consultar a un tercer especialista independiente, y al menos debe transcurrir un mes entre la solicitud del paciente y el acto de la eutanasia.¹⁴⁸

El 13 de febrero de 2014, Bélgica eliminó la restricción de edad para la eutanasia, a pesar de la fuerte oposición religiosa y algunos miembros de la profesión médica. Antes de este cambio, la legislación de la eutanasia ya se aplicaba a adolescentes mayores de 15 años legalmente emancipados por decreto legal. En los últimos doce años, la Comisión Federal informó sólo cuatro casos de pacientes con menos de 20 años, y ninguno de ellos era un niño.¹⁴⁹

El 16 de marzo de 2009, la eutanasia y el suicidio asistido se legalizaron en Luxemburgo, y en la actualidad están reguladas por la Comisión Nacional de Control y Evaluación. La ley cubre a los adultos capaces, portadores de enfermedades incurables y terminales que causen sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable, sin posibilidad de alivio¹⁵⁰

La ley en referencia permite la eutanasia y la ayuda al suicidio. Definiendo a la eutanasia como: “el acto, practicado por un médico, que pone fin, intencionalmente a la vida de una persona a la demanda expresa y voluntaria de la misma”¹⁵¹. Por asistencia al suicidio debe entenderse: “el hecho de que un médico ayude intencionalmente a otra

¹⁴⁶ Úrsula Benito González, *Eutanasia y sedación paliativa en pacientes terminales*, (3Ciencias, 2017), en https://play.google.com/books/reader?id=KvNADwAAQBAJ&hl=es_419&pg=GBS.PA20

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Mariana Parreiras Reis de Castro y otros, “Eutanasia y suicidio asistido en países occidentales: una revisión sistemática”, en http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ley de Cuidados Paliativos, Eutanasia y Suicidio Asistido de Luxemburgo, 2009.

persona a suicidarse o procure a otra persona los medios a tal efecto, a la demanda expresa y voluntaria de la misma”¹⁵². Asimismo, exime de toda responsabilidad penal o civil a los médicos que hayan atendido la solicitud de eutanasia o asistencia al suicidio, siempre y cuando se cumplan las condiciones siguientes: 1) que el paciente sea mayor de edad, capacitado y consciente; 2) la demanda se formule de manera voluntaria, reflexionada y preferentemente, repetida; 3) el paciente se encuentre en estado médico sin solución y su sufrimiento físico o psíquico sea constante e insoportable y sin mejoría y; 4) que la demanda del paciente de recurrir a la eutanasia o a la asistencia al suicidio, se realice por escrito, en un documento que deberá redactar, firmar y fechar el paciente; en caso de contar con una imposibilidad física para hacerlo, lo hará un adulto de su confianza, se plasmará en el documento la imposibilidad física del paciente, el cual podrá ser revocado en cualquier momento, y se agregará en el historial médico del mismo. Es preciso señalar que esta ley prevé la objeción de conciencia para los médicos.¹⁵³

En Suiza la eutanasia es delito, pero no el auxilio al suicidio, con la peculiaridad de que no tiene que contar con la asistencia del médico, necesario únicamente para la prescripción del fármaco letal, quedando en manos de organizaciones no gubernamentales. El requisito ineludible del auxilio al suicidio en Suiza es que detrás de la actuación de quien ayuda no haya ninguna motivación egoísta ni de tipo personal o económico. Si esto se llegase a acreditar, el responsable sería perseguido penalmente, de acuerdo con el Art. 115 del Código Penal.¹⁵⁴

1.2. La muerte digna en los Estados Unidos

El primer estado en legalizar el suicidio asistido fue Oregón, el 27 de octubre de 1997, con la aprobación del “Acta de muerte con dignidad”¹⁵⁵; esto ha permitido, que personas mayores de 18 años, competentes y capaces de expresar conscientemente su voluntad, residentes de Oregón con enfermedades terminales y con esperanza de vida de

¹⁵² Ibid., Art. 1.

¹⁵³ Úrsula Benito González, *Eutanasia y sedación paliativa en pacientes terminales*, (3Ciencias, 2017), en https://play.google.com/books/reader?id=KvNADwAAQBAJ&hl=es_419&pg=GBS.PA20

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Sandra Norman-Eady, Chief Attorney, OREGÓN'S ASSISTED SUICIDE LAW, en <https://www.cga.ct.gov/2002/rpt/2002-R-0077.html>

menos de seis meses, puedan recibir medicamentos en dosis letales, a través de la autoadministración voluntaria, expresamente prescritos por un médico para este fin. De acuerdo con la Ley, la autoadministración de estos fármacos letales no se considera suicidio, pero sí muerte con dignidad.¹⁵⁶

Los eventos cronológicos que han llevado a la aprobación de esta ley, tomados de el “Orl Research Report”¹⁵⁷ pueden ser resumidos en los siguientes:

1. El 8 de Noviembre de 1994 lo votantes de Oregón aprueban el Acta de Muerte de Dignidad con un margen de 51% a 49%.
2. El 27 de diciembre de 1994, se presenta un requerimiento preliminar, (impugnación) emitido contra la medida.
3. El 27 de febrero de 1997, un panel de tres jueces de la Corte de Apelaciones del Circuito de Estados Unidos levantó el requerimiento.
4. El 14 de octubre de 1997, la Corte Suprema de los EE. UU. se negó a escuchar el caso.
5. El 4 de noviembre de 1997, los votantes de Oregón derrotaron a la Medida 51, que habría derogado la Ley de Muerte con Dignidad, por un voto del 60% al 40%.
6. El 20 de noviembre de 2001, el tribunal extendió la orden temporal por cuatro meses. Se espera un ensayo en abril de 2002.¹⁵⁸

De las 859 personas que recibieron la medicación letal dentro del periodo de 1997 hasta 2014, el 52,7% eran hombres y el grupo de edad predominante entre los 65 y 74 años, con estudios superiores o de posgrado (45,9%). En el 78% de los pacientes, la enfermedad fue el cáncer, seguida de la esclerosis lateral amiotrófica (ELA) en el 8,3%. La mayoría de los pacientes fallecieron en el hogar (94,6%) y recibieron cuidados paliativos. Las preocupaciones más comunes de estos pacientes fueron la pérdida de

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Un informe de investigación OLR es una respuesta individualizada a la pregunta de un legislador. La mayoría de los informes son cortos (generalmente de 2 a 5 páginas). Indican la pregunta que hizo, contienen una breve respuesta resumida, luego una explicación más detallada o un análisis de los hallazgos. Véase, <https://www.cga.ct.gov/olr/faq.htm>

¹⁵⁸ Sandra Norman-Eady, Chief Attorney, OREGÓN'S ASSISTED SUICIDE LAW, en <https://www.cga.ct.gov/2002/rpt/2002-R-0077.htm>

autonomía, mencionada por el 91,5% de ellos, la pérdida de la capacidad de participar en actividades que hacen la vida agradable (88,7%) y la pérdida de la dignidad (79,3%)¹⁵⁹

En 2008 en Washington, el electorado votó a favor de la iniciativa 1000 para legalizar el suicidio asistido en el Estado aprobando “Acta de muerte con dignidad”.¹⁶⁰

En el estado de Montana, el Tribunal Supremo dictaminó, el 31 de diciembre de 2009, que el suicidio asistido no era ilegal, después del caso del paciente Robert Baxter, un conductor de camión retirado de 76 años, que sufría una forma terminal de leucemia linfocítica 14. A diferencia de otros estados, la legislación de Montana no tiene una regulación tan precisa sobre este tema. Según el Tribunal Supremo, los pacientes deben ser adultos, mentalmente competentes y con enfermedades terminales para solicitar medicamentos letales. El acto es proporcionado por los derechos de privacidad y dignidad establecidos por la Constitución, y los médicos que ayudan también están protegidos por la ley¹⁶¹

En mayo de 2013 el estado de Vermont se convirtió en el tercer estado del país en permitir el suicidio asistido por médicos, habilitando a los pacientes terminales a solicitar medicación letal. La ley aprobada en Vermont habilita a los pacientes terminales, a los que no les han dado más que seis meses de vida, pedir a sus médicos que les administren dosis letales de drogas para apresurar su muerte.¹⁶²

En septiembre de 2015, California se convierte en el quinto estado que aprueba una iniciativa que permitirá a los médicos prescribir medicamentos que pongan fin a la vida de pacientes con enfermedades terminales. La iniciativa permite a los pacientes con enfermedades terminales tomar la decisión de morir con ayuda de un médico que le prescribiría los medicamentos para poder poner fin a su vida.¹⁶³

1.3. La muerte digna en Canadá.

En el estado canadiense, en referencia a la regulación de la eutanasia, tuvo un origen más o menos similar al de Colombia, ya que el Tribunal Supremo de Canadá, el

¹⁵⁹ Mariana Parreiras Reis de Castro y otros, “Eutanasia y suicidio asistido en países occidentales: una revisión sistemática”, en http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

06 de febrero de 2015 dictó la sentencia relativa al caso *Carter v Canadá*¹⁶⁴, determinó que la muerte digna es un derecho fundamental.

Ésta sentencia llega a la conclusión de que la prohibición de muerte con asistencia médica viola el derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de las personas; por lo tanto, no está de acuerdo con los principios de justicia fundamental, violando el artículo 7, de la Carta de los Derechos Fundamentales. La sentencia en análisis valora los derechos en juego, de la siguiente manera:

a) Derecho a la vida. Considerando la Corte que no está de acuerdo en la prohibición absoluta de la asistencia a morir al indicar:

“En resumen, según la jurisprudencia, el derecho a la vida entra en juego cuando una medida o una ley dictada por el Estado tenga por efecto, en forma directa o indirecta, imponer la muerte a una persona o exponerla a riesgo elevado de muerte. Por el contrario, tradicionalmente se ha considerado que las preocupaciones relativas a la autonomía y la calidad de vida eran derechos a la libertad y a la seguridad de la persona. No vemos razón alguna que nos lleve a modificar tal entendimiento en autos”¹⁶⁵

Entonces las personas pueden “*renunciar*” a su derecho a la vida, sino se crearía una “*obligación de vivir*”, en lugar de una retirada o denegación de salvamento. Reafirmando que la santidad de la vida es un valor social y tiene sus raíces en el valor de la vida humana.

b) Derecho a la libertad y seguridad. De los cuales se fundamentan en la protección de la autonomía personal y la dignidad humana, de lo cual se manifiesta: La reacción de una persona a problemas de salud graves e irremediables resulta primordial a su dignidad y su autonomía. La ley permite a las personas que se encuentran en esta situación solicitar una sedación paliativa, negarse a ser alimentada e hidratada artificialmente o reclamar el retiro de un equipo médico para la conservación de la vida, empero niega su derecho a requerir la ayuda de un médico para morir. La ley priva a estas personas de la posibilidad de tomar decisiones relativas a su integridad corporal y a los cuidados médicos y restringe así su libertad. Y al dejar a personas como la señora Taylor padecer sufrimientos intolerables, viola igualmente la seguridad de su persona¹⁶⁶

¹⁶⁴Canadá Tribunal Supremo, *Carter vs. Canada*, en <https://es.scribd.com/document/317968935/Carter-vs-Canada-SCC>.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

Con esta el Tribunal Supremo Canadiense ordena al Parlamento que elabore una ley que no lesione los derechos fundamentales aludidos, contemplados en el artículo 7 de la Carta de Derechos. Así también declara nulos los artículos del Código Penal que proscriben el derecho al suicidio médico asistido, e indirectamente alude a las restricciones o garantías que tendrá que contener la nueva ley de la materia.

Posteriormente, en junio del año 2016 el parlamento canadiense aprobó la ley C-14 sobre la muerte asistida, según la cual cualquier persona en este país puede acogerse a esta ley siempre que estén en una situación médica grave e irreversible en base a los siguientes criterios:

- Tienen una enfermedad, dolencia o discapacidad grave e incurable.
- Se encuentran en un estado avanzado e irreversible de deterioro de sus capacidades.
- Esa enfermedad, dolencia o discapacidad o ese estado de deterioro les provoca un sufrimiento físico o psicológico que juzgan insoportable y que no se puede aliviar en condiciones que ellos consideren aceptables.
- Su muerte natural se ha convertido en razonablemente previsible, teniendo en cuenta todas sus circunstancias médicas, sin que necesariamente exista un pronóstico sobre el tiempo que les queda.”¹⁶⁷

Desde la publicación de esta ley, más de 6.700 canadienses se han acogido a esta ley, la gran mayoría de las muertes inducidas por médicos en los primeros 10 meses de 2018 tuvieron lugar en un hospital o en la casa del paciente. Alrededor del 5% ocurrió en un hogar de ancianos o en un centro de atención, y otro 4% estaba en un hospicio. Solo el 7% de los que recibieron asistencia médica para morir tenían entre 18 y 55 años. La edad promedio de las personas fallecidas fue de 72 años. Unas seis de cada diez personas que eligieron la asistencia médica para morir tenían algún tipo de cáncer. El 16% que optó por esta práctica sufría de problemas circulatorios y/o respiratorios. Las

¹⁶⁷ Dying with dignity Canada, “Challenges to choice- Bill C-14 one year later”, accedido 30 de marzo de 2020, <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/10/2017-balance-ley-c14-castellano.pdf>, accedido 30 de marzo de 2020, <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/10/2017-balance-ley-c14-castellano.pdf>.

enfermedades neurodegenerativas, como la ELA, representaron el 11% de las muertes con asistencia médica.¹⁶⁸

1.4. La muerte digna en Australia.

El primer caso de reconocimiento de la eutanasia a nivel mundial se sitúa precisamente en Australia, en donde en El Territorio del Norte, una región de poco más de 200.000 habitantes se aprobó en 1995 una ley, que fue anulada al año siguiente por el Parlamento Federal. Dio tiempo a realizar las cuatro primeras eutanasias legales del mundo. Con posterioridad en el año 2017 entró en vigor la Ley de muerte asistida voluntaria en el Estado de Victoria. Aunque regula el suicidio asistido, existe una cláusula por la que el paciente, si está impedido, puede pedir la intervención de un médico.¹⁶⁹

Victoria por tanto se convirtió en el primer estado australiano en legalizar la muerte asistida, la normativa fue aprobada en el Senado con 22 votos a favor y 18 en contra tras varias enmiendas. Esta ley, que entró en vigor en junio del año 2019, permite a cualquier residente de este estado con una enfermedad terminal y en menos de seis meses de vida, solicitar una dosis de medicación necesaria para quitarse la vida.¹⁷⁰

Hasta la fecha de la presente investigación más de 50 personas han fallecido acogidos a esta ley, de las cuales no se verificó evidencia de una decisión coaccionada.¹⁷¹

¹⁶⁸ Redacción ACI Prensa, "Más del 1% de muertes en Canadá fueron causadas por la eutanasia», accedido 30 de marzo de 2020", <https://www.aciprensa.com/noticias/mas-del-1-de-muertes-en-canada-fueron-causadas-por-la-eutanasia-91890>.

¹⁶⁹ Pablo Linde, "Eutanasia: La muerte asistida es legal en ocho países", *EL PAÍS*, 19 de febrero de 2020, https://elpais.com/sociedad/2020/02/19/actualidad/1582115262_135029.html.

¹⁷⁰ Europa Press, "Victoria se convierte en el primer estado australiano en legalizar la muerte asistida" *Europa Press*, 29 de noviembre de 2017, <https://www.europapress.es/internacional/noticia-victoria-convierte-primer-estado-australiano-legalizar-muerte-asistida-20171129060833.html>.

¹⁷¹ Ibid.

1.5. El análisis de la muerte digna en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana

Dentro de la regulación de la Muerte Digna en América Latina, existe una sentencia hito, que ha marcado profundamente la forma y perspectiva en la que se encamina la protección a la Muerte Digna. Aquella se refiere a la sentencia No. 239-1997 dictada por la Corte Constitucional Colombiana. Esta sentencia resulta de importancia relevante, por cuanto el reconocimiento de la muerte digna, como un derecho inherente de las personas, se ve plasmado a través del máximo órgano de interpretación de la Constitución; además, que la misma no proviene, de un proceso parlamentario, sino que deviene de una interpretación propia en un caso concreto adoptada por los Jueces, en establecer de manera clara la defensa de un derecho que se ve inmerso dentro de una problemática social y que busca una protección estatal que permita dignificar a las personas que tomen esta decisión.

En tal sentido, y como antecedentes fácticos de esta sentencia, la misma tiene su origen a través de una acción pública de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano colombiano en contra del Art. 326 del Código Penal, por considerar que dicha disposición viola los múltiples artículos de la Constitución Colombiana¹⁷²

El texto del artículo 326 del Código Penal acusado es el siguiente: “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.¹⁷³

El accionante, manifiesta que si el derecho a la vida es inviolable, como lo declara el artículo 11 de la Carta Magna, de ello se infiere que nadie puede disponer de la vida de otro; por tanto, aquél que mate a alguien que se encuentra en mal estado de salud, ya sea en estado de coma, inconsciente, con dolor, merece que se le aplique la sanción prevista en los artículos 323 y 324 del Código Penal y no la sanción del artículo 326 ibídem, la cual por su levedad, constituye una autorización para matar. Es por esta

¹⁷² Sentencia C-239/1997, Corte Constitucional de Colombia, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

¹⁷³ Código Penal de Colombia, Art. 326.

razón que debe declararse la inexecutable de esta última norma, compendio de insensibilidad moral y de crueldad.¹⁷⁴

Es decir, para el accionante, no puede existir un acto diferenciador para que este tipo de muerte no pueda recibir la misma pena que se le otorgaría al sujeto que lo cometiere en otro caso de homicidios; por ende, esta caracterización, y la pena por su levedad (en cuanto al tiempo de su condena) resultan ajenos a lo que manda la Constitución colombiana en cuanto a la protección a la vida.

Respecto de esta acción, la Corte Constitucional Colombiana, realiza sus argumentos del caso que, sistemáticamente, pueden ser resumidos en los siguientes:

1. Que el homicidio por piedad, según los elementos que el tipo describe, es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro. Por tanto, quien mata con un interés distinto, como el económico, no puede ser sancionado conforme a este tipo. El actor confunde los conceptos de homicidio eutanásico y homicidio eugenésico; en el primero la motivación consiste en ayudar a otro a morir dignamente, en tanto que en el segundo se persigue como fin, con fundamento en hipótesis pseudocientíficas, la preservación y el mejoramiento de la raza o de la especie humana.¹⁷⁵ Concomitantemente, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma.

En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.¹⁷⁶ Lo que implica que en aplicación del principio no hay acción sin culpa no puede valorarse un

¹⁷⁴ Sentencia C-237/1997, Corte Constitucional de Colombia, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Ibid.

comportamiento como acción si no es fruto de una decisión, es decir al no ser intencional, no es “culpable”

2. La piedad es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor que consagra el artículo 60 del Código Penal como causal genérica de atenuación punitiva; pero que, a diferencia de éste, mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo.

Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta Magna, pues la conducta, no obstante, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto, tal como lo consagró el constituyente en el artículo 29, según se expuso antes.¹⁷⁷ Lo que explica el hecho de la proporcionalidad de la pena con el acto delictivo, es decir si bien es un acto antijurídico, la sanción es menor por el aspecto que envuelve quitar el sufrimiento de otra persona.

3. El artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la *solidaridad* como uno de los postulados básicos del Estado Colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias.

Esto ligado a la perspectiva, que la Constitución genera a la persona vista como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir, y por tanto, 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

¹⁷⁷ Ibid.

compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral.¹⁷⁸

Aquí subyace el primer fundamento claro de la Corte Constitucional Colombia, referente a la autonomía de la voluntad como una premisa decisoria para todo sujeto frente a la realización de sus actos durante su vida. De aquello se deriva la obligación normativa para todos los ciudadanos de actuar con solidaridad para con los demás sujetos involucrados en el estado.

4. El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a *la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad*. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna.¹⁷⁹

Por consiguiente, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas.

El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP Art.12), sino a una *anulación* de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.¹⁸⁰

Entonces, se infiere la intención de la Corte Constitucional Colombiana, en la explicación de cada uno de sus argumentos. Se tiene un claro aspecto

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

moral, que incide en cualificar los dolores y padecimientos de los sujetos pasivos, como circunstancias claramente atentatorias a su dignidad humana, es decir la piedad resulta evidente como un mecanismo altruista del ser humano ante circunstancias que afectan a otras personas.

Más, si la piedad, en un principio era causa de una pena “leve”, la Corte posteriormente establecerá que no es antijurídica; así como la legítima defensa, o el estado de necesidad, en este caso, la causa de esta prohibición jurídica se traduce en la voluntad del sujeto que sufre una enfermedad terminal que le produce grandes padecimientos, y que no desea alargar su vida dolorosa.¹⁸¹

Y de igual manera, se observa como la Corte, realiza una ponderación a favor del derecho a la libre determinación y la solidaridad, en detrimento al derecho a la vida, vista como el deber del Estado de asegurar la misma en condiciones dignas. Circunstancia, que en un primer momento resultaría sorprendente, pero que muy seguramente basa su fundamento, en la doble dimensión del derecho a la vida, y de cómo la misma no siempre tiene un carácter de absoluto. De aquello se realizará una argumentación a favor las líneas posteriores.

En este orden de ideas, se tiene los puntos esenciales que la Corte Constitucional Colombiana ha establecido para el cumplimiento de este derecho, que son:

1. Verificación rigurosa, por personas competentes (médicos especialistas), de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir.

2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso.

3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.

4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico.

¹⁸¹ Ibid.

5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.¹⁸²

Estas directrices debían ser implementadas de manera inmediata por el parlamento de Colombia, sin embargo, tan solo en el año 2015, el Ministerio de Salud definió los procedimientos de su aplicación efectiva. Sólo un caso de la eutanasia se ha informado hasta el momento en el país el 3 de julio de 2015. Se trataba de Ovidio González, de 79 años, afectado por un cáncer extraño de la cara, que, aunque no tenía metástasis, el paciente sufrió un intenso dolor crónico¹⁸³

1.6. La muerte digna en el derecho argentino, una perspectiva diferente

El caso argentino, en torno a la regulación de la muerte digna, ha seguido una perspectiva diferente al resto de estados analizados, en lo que se refiere al contenido y regulación de la misma. En mayo 24 de 2012 se publicó la Ley 26.742 por El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, la cual tuvo su origen en el marco de un caso que se hizo público en ese momento sobre una niña que permanecía en estado vegetativo desde su nacimiento y cumplía 3 años cuando se suscitaron los hechos.

La madre de la niña pidió en ese momento a los legisladores la sanción de una ley autorice el retiro del soporte vital y permita una muerte digna a su hija, quien permanecía en estado vegetativo desde su nacimiento, internada en un centro de salud.¹⁸⁴

Esta norma en su parte medular establece lo siguiente:

Artículo 1º ... El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a

¹⁸² Sentencia C-237/1997, Corte Constitucional de Colombia, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

¹⁸³ Mariana Parreiras Reis de Castro y otros, "Eutanasia y suicidio asistido en países occidentales: una revisión sistemática", en http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf

¹⁸⁴ Agencia DyN, *Que dice la ley de muerte digna*, en <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/que-dice-la-ley-de-muerte-digna>

intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.¹⁸⁵

Artículo 2º — ... Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada...¹⁸⁶

Esto quiere decir, que la muerte digna en la consideración del estado argentino tiene como enfoque la regulación en cuanto a la libre voluntad de las personas o de sus familiares a negarse a recibir cualquier tipo de tratamiento quirúrgico o de reanimación artificial, que sean extraordinarios o desproporcionados, aquello siempre y cuando el paciente se encuentra en un estado de enfermedad terminal.

Por ende, en Argentina no se regula el caso de Eutanasia ni de suicidio asistido, sino, y tal como ha sido conceptualizado en esta investigación estaríamos frente a un caso Limitación Del Esfuerzo Terapéutico. Aunque, lo significativo de esta ley argentina, resulta que, la expresión de la voluntad para la negación a cualquier procedimiento que alarga la vida de manera injustificada también puede ser realizada por una tercera persona, que tenga una cercanía con el paciente y que pueda expresar de manera acertada y contundente, que el deseo de su ser querido era el no permanecer en dicha situación de “agravio”.

¹⁸⁵Ley de Muerte Digna de Argentina No. 26.742, en <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/tocoginecologia/files/2014/01/Ley-26.742-Muerte-Digna.pdf>

¹⁸⁶ Ibid.

Tabla 2
Regulación de los procedimientos respecto a la muerte digna en a nivel internacional

País/Estado	Eutanasia	Suicidio Asistido	Normativa
Holanda	Permitida	Permitido	Ley de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio (2002)
Suiza	No permitida	Permitido	Artículo 115 del Código Penal Suizo, el suicidio asistido es legal, siempre que tenga motivos altruistas.
Luxemburgo	Permitida	Permitido	Ley que regula los cuidados paliativos, eutanasia y asistencia al suicidio (2009)
Bélgica	Permitida	Permitido	Ley de eutanasia (2002)
USA/Oregón	No Permitida	Permitido	Acta de muerte con dignidad (1997)
USA/Montana	No Permitida	Permitido	Acta de muerte con dignidad (2008)
USA/Washington	No Permitida	Permitido	Tribunal Supremo dictaminó, en 2009, que el suicidio asistido no era ilegal.
USA/California	No Permitida	Permitido	Acta de opción de fin de la vida (2015)
USA/Vermont	No Permitida	Permitido	Ley La elección del paciente y control en el final de la vida (2013)
Canadá	Permitida	Permitido	Ley de ayuda médica a morir (2016)
Australia/Victoria	Permitida	Permitido	Ley de muerte asistida voluntaria en el Estado de Victoria (2017)
Colombia	Permitida	Permitido	Sentencia C-237 de despenalización de la muerte asistida (1997)
Argentina	No permitida	No Permitido	Ley de muerte digna 26.742 (2012)

Fuente y elaboración propias

1.7. La regulación jurídica de la muerte digna en el Ecuador.

A diferencia del estado colombiano, en donde existe una norma clara y precisa que establece el delito de homicidio piadoso, la cual fue la norma que indirectamente sirvió de fundamento de la Corte Constitucional Colombiana para su inferir la muerte digna, en la legislación ecuatoriana, no existe una norma penal que tipifique dicho acto, ni tampoco la práctica de la eutanasia, o el suicidio asistido.

Sin embargo, en la legislación nos encontramos con lo establecido en los artículos 144 y, 140 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se determinan las sanciones para el cometimiento del homicidio y del asesinato y que establecen lo siguiente:

Art. 144. -Homicidio. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Art. 140.- Asesinato. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano. 2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación. 3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas. 4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado. 5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos. 6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima. 7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción. 8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción. 9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública. 10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de la Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido.

Adicionalmente, se tiene la norma contenida en el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, que al tipificar el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional establece:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Al realizar un examen interpretativo de las normas transcritas, en cuanto a la eutanasia se infiere que no existe un tipo penal expreso para ser subsumido al hecho que una persona requiera que un médico le aplique un procedimiento eutanásico, salvo el homicidio en su sentido general. Es decir, las normas puestas a colación, y que son las únicas que legalmente se vinculan con el tema expuesto, no contienen el tipo penal de “eutanasia”. El homicidio se configuraría como la norma tipificada penalmente que podría ser subsumible a un acto de eutanasia.

Mientras que, en el caso del suicidio asistido, aunque ampliamente discutible, el mismo podría subsumirse en el caso del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, ya que si bien no es el médico quien produce la muerte, es quien brinda los elementos a la persona en enfermedad terminal para que realice este acto. Lo que implica una inobservancia a la previsibilidad¹⁸⁷ con la que debería actuar el médico dentro de lo que regula actualmente la normativa penal ecuatoriana.

Sin embargo, en relación con lo manifestado, resulta de suma importancia establecer dos alternativas que puedan permitir la exclusión o excepción en el ámbito legal, que resulta ser una garantía normativa en el ámbito constitucional cuando se realiza un acto eutanásico.

1. El primer argumento es el examen interpretativo realizado por la Corte Constitucional Colombiana, al decir que derecho penal del acto, supone de igual manera, la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia

¹⁸⁷ La previsión es un elemento doctrinario del deber objetivo de cuidado que para Francesco Carnelutti implica “un juicio de existencia futura totalmente análogo al juicio de existencia pretérita, el ver antes es resultado de un juicio” en Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.

material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma.¹⁸⁸

Entonces, el derecho penal de acto como es concebido en el Ecuador¹⁸⁹, supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.

De modo que, bajo el principio de que no hay acción sin culpa no puede valorarse un comportamiento como acción si no es fruto de una decisión, es decir al no ser intencional, no es “culpable”.

Por ende, bajo este mismo examen, tanto la eutanasia, como el suicidio asistido, no son conductas que tienen como premisa una intención de causar un daño, ni peor aún puede inferirse como un acto culposo, que se refiera de manera involuntaria a infringir un deber objetivo de cuidado, sino que, bajo este estricto examen normativo penal, no podría ser subsumida ninguna de las normas traídas a colación y por ende no tienen una sanción penal.

2) Muy relacionado con el punto anterior, se establece este segundo criterio muy acertadamente desarrollado por Leonor Suarez Llanos¹⁹⁰ y Fernando Rey Martínez¹⁹¹, en el sentido de que propone armonizar constitucionalmente la eutanasia conforme a un planteamiento conformado negativamente por razones prudenciales, es decir, exaltando el valor de la libertad y el derecho a la vida, la dignidad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, para introducir la permisión constitucional de la eutanasia por la vía de la excepción legislativa¹⁹². Una vía negativa o de excepcionalidad legislativa orientada a dar un sentido razonable a la protección estatal de la vida cuando los

¹⁸⁸ Sentencia C-239/1997, Corte Constitucional de Colombia, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

¹⁸⁹ El artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal, establece la doctrina del derecho penal del acto al manifestar: “*Infracción penal. - Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.*”

¹⁹⁰ Leonor Suárez Llanos, "La ley de la muerte: eutanasia, éticas y derechos", (*Anuario de filosofía del derecho*), 2012, 323-371.

¹⁹¹ Fernando Rey Martínez., Eutanasia y Derechos Fundamentales, CEPC. 2008 a. — «El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España», Aspectos Médicos y Jurídicos del Dolor, La Enfermedad Terminal y la Eutanasia. Lilly - Unión Editorial, 2008 b

¹⁹² Leonor Suárez Llanos, "La ley de la muerte: eutanasia, éticas y derechos", (*Anuario de filosofía del derecho*), 2012, 323-371.

derechos a la libertad y la dignidad individual se encuentra objetivamente amenazado por un mal inescapable.¹⁹³

Vinculándose tal razonabilidad y consiguiente exclusión de la antijuridicidad a la existencia de un estado de necesidad. De tal forma que la apuntada contradicción a la protección constitucional de la vida tome cuerpo legal a través de la excepción penal que eximiría de responsabilidad penal a quien practique la eutanasia en caso de un estado de necesidad diseñado legalmente y que vaya concretándose sucesivamente a través de la praxis judicial, liberando así de responsabilidad penal y civil a los terceros que causan la muerte al enfermo que lo desea¹⁹⁴

En el Ecuador la antijuridicidad como elemento de la infracción penal es definida en el Art. 29 del Código Integral Penal estableciendo que: “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”¹⁹⁵. Las causas de exclusión de la antijuridicidad en el mismo código, en el Art. 30, refieren que “no existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.”¹⁹⁶ Mientras que el estado de necesidad existe cuando:

Art. 32.- la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender.¹⁹⁷

En concreto, la propuesta de estos autores es regular legalmente la exención de responsabilidad penal en virtud de una eximente de estado de necesidad que justifica el empleo de medios de los regulados en el Art. 32 del Código Orgánico Integral Penal. Esto es, dándose una situación típica de homicidio, se exime de responsabilidad penal a aquel que colabora activa o pasivamente en la muerte de un tercero, residiendo la

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal Art. 29.

¹⁹⁶ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal Art. 30.

¹⁹⁷ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal Art. 32.

justificación de su acción en la finalidad de evitarle un mal mayor al sujeto en cuestión.¹⁹⁸

Esta causa eximente se justifica: a) Porque la axiología constitucional de los Estados de Derecho desarrollados no tiene por finalidad obligar a la vida incluso contra la voluntad de su titular. Y, b) Porque con la excepción de estado de necesidad no se da una confrontación real de bienes (libertad-vida/muerte) respecto de la eutanasia, pues el objetivo no es conseguir un cadáver, sino instrumentar la muerte al servicio del derecho a la vida y del sentido que esa vida tiene para su titular ante una circunstancia dramática y definitiva.¹⁹⁹

Adicional a la normativa penal y las propuestas justificadoras de exclusión penal, es necesario evidenciar lo que, en el Ecuador, establece el Código de Ética Médica, en donde hace mención a la eutanasia y a la dignidad de los seres humanos; y en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, a su voluntad y libertad de decisión, frente a las situaciones o condiciones que rodean a un enfermo, con relación a los tratamientos y procedimientos extraordinarios.

El Código de Ética Médica, prohíbe claramente la práctica de cualquier procedimiento eutanásico. Por esto, el artículo 90 de esta ley prescribe: “El médico no está autorizado para abreviar la vida del enfermo. Su misión fundamental frente a una enfermedad incurable será aliviarla mediante los recursos terapéuticos del caso.”²⁰⁰

Mientras que el único caso en el que se desconecta al paciente de cualquier medio artificial para sostener las funciones fisiológicas es el caso de la muerte cerebral; pero en este caso y según la legislación de salud ecuatoriana, el paciente se encuentra muerto ya, y el hecho de retirar estos medios artificiales no significa realizar una práctica eutanásica.²⁰¹

Ahora, en el artículo 92 *ibidem*, se establece: “En aquellos casos en que los indicadores clínicos e instrumentales revelen situaciones insalvables o incompatibles con la dignidad de la persona humana, queda a criterio del médico y de los familiares suspender los procedimientos extraordinarios. En caso de controversia se recurrirá al

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Washington Pesantez, *Eutanasia: Aspectos Éticos-Médicos y Jurídicos. La Bioética y los Conflictos en los Confines de la Vida.* (Vaca, Ricardo (pról.). Quito: Publicaciones PUCE, 2009).

²⁰¹ *Ibid.*

criterio de una junta médica constituida por tres especialistas afines al caso”.²⁰² Esta última norma trata de alguna forma de establecer una “muerte digna” en los términos de prevenir un ensañamiento terapéutico por parte de los médicos, en caso de que de manera explícita se pueda determinar que no existen procedimientos que puedan salvar la vida del paciente. Esta norma se asimila mucho a lo ya descrito en líneas anteriores respecto de la muerte digna en el derecho argentino, en donde de igual manera, su definición se limita de manera exclusiva al rechazo de pacientes, así como de sus familiares²⁰³ a tratamientos que no tenga un fin último que sea beneficioso para el paciente.

En definitiva, diremos entonces, que, en el marco jurídico ecuatoriano, no existe una norma penal expresa que sancione los actos de eutanasia y suicidio asistido. El homicidio *simple* es el único subsumible a este hecho para la Eutanasia. Así como también el homicidio culposo por mala práctica profesional se infiere al suicidio asistido. De la misma manera, existen normas deontológicas, que generan responsabilidades administrativas para quienes se encuentra bajo su regulación. De todas formas, es claro, que esta investigación se adhiere a dos motivos que son importantes para justificar estos actos a manos de una tercera persona.

Primero, el compartido por el profesor Carlos Gaviria Días, quien establece que si se acepta de manera clara que la vida es un derecho disponible²⁰⁴, quien colabora a la efectividad de esa disposición, ante la imposibilidad de hacerlo el propio titular y ante la solicitud inequívoca del mismo, no puede incurrir en conducta jurídicamente reprochable, por no existir objeto que amparar²⁰⁵. Segundo, porque existe constitucionalmente garantizado el derecho a la salud que lleva implícito en su

²⁰² Ecuador, Código de Ética Médica, Art. 92.

²⁰³ El Código de Ética Médico Ecuatoriano, claramente otorga la facultad a los propios familiares de poder solicitar el cese de tratamientos extraordinarios, lo cual pareciera claramente evidenciar que puede un pariente cercano al enfermo, decidir de manera directa respecto al tratamiento que este recibiese, cuando no pudiera expresar dicha circunstancia personalmente.

²⁰⁴ El fundamento del derecho a la vida, como aquel que contiene el derecho a la muerte, es la forma de establecer que el derecho a la vida es la base de la autonomía de quien la ejerce, y puede disponer de ella. Además, que no existe en el ordenamiento ecuatoriano una norma que establezca otra cosa y si existiera muy diferente sería regulación.

²⁰⁵ Carlos Gaviria Días, La Eutanasia Fundamentos Ético-Jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso – consentido, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70111351019>

desarrollo, la solidaridad²⁰⁶ como elemento para que los médicos brinden una ayuda al paciente en los términos que este lo requiera, es decir una forma de exclusión de la infracción penal, constitucionalmente justificada, para la muerte digna.

2. La doble dimensión de los derechos fundamentales: Los principios como fuente aplicación a la muerte digna.

Una vez que se ha podido determinar la regulación del derecho a la muerte digna en los distintos estados del mundo, así como la forma en la que se configura este derecho en el Ecuador, es necesario proceder con la justificación interpretativa a la aplicación del derecho a la muerte digna, la cual no sería posible, sin hacer mención, a la transformación teórica y práctica que ha sufrido el derecho constitucional ecuatoriano, y que implica, una nueva teoría encaminada a mirar a los derechos como eje central de la vida social. Es así, que el cambio profundo de un estado legalista, a un estado constitucionalista tiene una relación concomitante con un cambio de doctrina que mira de manera esencial un constitucionalismo de principios²⁰⁷.

El marco jurídico ecuatoriano rebasa una óptica y perspectiva enteramente positivista para entrar a un modelo en el que en palabras de Zagrebelsky los principios son “el mayor rasgo de orgullo de derecho positivo (...) La Constitución en efecto, aunque trasciende al Derecho Legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres, y, por tanto, no procede a la experiencia jurídica positiva”²⁰⁸

Esta nueva forma de interpretar los derechos y que servirá como argumento a favor de la muerte digna, configura una doble dimensión de los derechos fundamentales, en donde se puede vislumbrar que los principios no solo se configuran en el Estado como fuente de derechos subjetivos, sino que va un paso más allá.

²⁰⁶ Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador, inciso segundo: *El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.*

²⁰⁷ Luis Prieto Sanchís, *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, (Lima, Perú – 2007), 165.

²⁰⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Citado por Luis Prieto Sanchís, *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, (Lima, Perú – 2007), 176.

En este sentido, es importante tener en cuenta, que aparte de la visión subjetivista de los derechos, estas prerrogativas se erigen también como un medio de integración objetiva del Estado Constitucional de Derechos, por lo que son derechos que constituyen un sistema de valores y principios concretos de una sociedad, y por tanto constituyen el componente necesario de la cultura del derecho del estado ecuatoriano.²⁰⁹

Bajo esta perspectiva, y para conocer el alcance interpretativo de los principios en el Ecuador, se empezará por analizar que los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones:

1) Por un lado, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad de que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público, lo cual produce una relación jurídica bilateral subjetiva que garantiza al titular un estatus jurídico²¹⁰

Siendo que, para Claude Stern los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos garantizan un estatuto jurídico-constitucional frente al Estado. Los derechos que garantizan esta faceta son, por una parte, los derechos reaccionales o derechos negativos, que otorgan protección frente a otras intervenciones estatales, con lo cual compromete al Estado a abstenerse de intervenir; y los otros que constituyen los derechos de protección o derechos positivos dirigidos a obtener una determinada acción del Estado.²¹¹ En definitiva, esta dimensión subjetiva de los derechos nos permite de manera directa acudir al estado y requerir el impulso de todo el aparato jurisdiccional, cuando podamos evidenciar que estos derechos no han sido conculcados, lo que implica que será la propia persona quien activará el sistema de justicia, en caso de acción u omisión ya sea de un tercero a del Estado.

2) Pero la gran novedad del constitucionalismo actual es el dotar a los derechos de otra significación, y es la objetiva, esto es que, junto al carácter jurídico-subjetivo de la norma fundamental, también es posible extraer contenidos de carácter objetivo.

²⁰⁹ Peter Haberle, “El concepto de los Derechos Constitucionales”, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (Madrid, ed. De José María Sauca, 1993), 94.

²¹⁰ Néstor Iván Osuna Patiño, *Apuntes sobre el concepto de derecho fundamentales*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de derecho Público, 1996), 28-34.

²¹¹ Klaus Stern, “*El Sistema de derechos fundamentales en la República Federal Alemana*”, (Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid), 1988, 263.

Para entender con mayor claridad este tema, existe una aproximación conceptual que es la entendida por Robert Alexy, para este autor, la dimensión objetiva es el resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental que elimine el contenido jurídico-subjetivo. En otras palabras, se debe excluir: A (titular del derecho), B, (sujeto obligado Estado-Particular) y C (la acción, situación o posición jurídica fundamental)²¹².

Es decir, de la resta de estos elementos se obtiene el contenido objetivo iusfundamental. De aquello y acotando esta conceptualización, diremos en definitiva, que el contenido objetivo de los derechos fundamentales, que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio y decisiones axiológicas,²¹³ que se erigen como garantías institucionales, y deberes positivos, es decir imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y ciudadana.²¹⁴

En definitiva y en palabras del propio Alexy, si por un lado se tienen derechos fundamentales que son derechos de defensa (subjetivos) que permiten tres potestades:

1. El derecho a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular.
2. El derecho a que el estado no afecte las situaciones o propiedades, establecidas del titular.
3. El derecho a que el Estado no elimine las posiciones jurídicas fijadas por el titular.²¹⁵

Por otro lado, tendremos derechos fundamentales que son *normas principios*²¹⁶ (*objetivos*), que, junto a su concepción tradicional como derechos de defensa, forman un

²¹² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002). 189.

²¹³ Ernst Wolfgang Bockenforde, *Escritos Sobre derechos Fundamentales*, (trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993), 95.

²¹⁴ Néstor Iván Osuna Patiño, *Apuntes sobre el concepto de derecho fundamentales*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Temas de derecho Público, 1996), 95.

²¹⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 189.

²¹⁶ Resulta imprescindible hacer alusión a las diferentes caracterizaciones de principios que han sido realizadas en el marco teórico jurídico. 1) La de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, que clasifican a

sistema de valores que se propaga por todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Esto es lo que Alexy llama mandatos de optimización²¹⁷ que dependen del tratamiento que les de todos y cada uno de los poderes públicos, especialmente el juez constitucional y el legislador al momento de concretarlos²¹⁸

Si en este sentido se tiene en cuenta que los principios constitucionalizados se erigen como mandatos de optimización²¹⁹, entonces la idea de que aquellas son normas impositivas, es decir que mandan y que tienen que ser aplicadas directamente.²²⁰ Esta ha sido la principal razón de ser de la Constitución del 2008, es decir la garantía de aplicación efectiva de los derechos. Este garantismo responde al deseo de conferir un auténtico carácter normativo a los preceptos relativos a derechos fundamentales, ya que esa condición resulta necesaria para su plena realización.²²¹

De aquello recogemos lo establecido en el Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República:

los principios en principios en sentido estricto y principios directrices o normas programáticas. La diferencia, pues, entre un principio en sentido estricto y una directriz, desde la perspectiva desde la que estamos ahora contemplando las normas, parece ser la siguiente: de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados, en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *“Principios y Reglas”*, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf. 2) Otra importante clasificación es la planteada por Alchourrón y Bulygin, en la que por “principios jurídicos” tan sólo podría entenderse una de estas dos cosas: O bien se trataría de normas no coactivas (esto es, enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas en determinados casos genéricos sin establecer sanciones), que se caracterizarían porque la descripción de las propiedades relevantes del caso genérico correspondiente presentaría un alto grado de generalidad y/o de indeterminación semántica; y en tal caso serían normas (enunciados que correlacionan casos con soluciones) indistinguibles de las reglas, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*

y sociales. Astrea, Buenos Aires, 1974.

²¹⁷ Ibid., 95

²¹⁸ Ibid., 95

²¹⁹ Alexy, Robert. “El derecho general de libertad”. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²²⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Los derechos y sus garantías”, Quito- Ecuador, 2012 p. 63

²²¹ Claudia Storini, Las garantías constitucionales de los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Ed.) Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2009, 287.

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.²²²

Entonces, el sistema de eficacia directa significa que los jueces y, más en general, el Estado y todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión y actuación. Cuando la Constitución, además de ser norma jurídica, tenga aplicación o eficacia directa, no será solo norma sobre las normas sino norma aplicable, esto es, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho sin más.²²³

Por lo que se puede afirmar, como lo establece el Profesor Ramiro Ávila Santamaría, que toda norma constitucional es aplicable, aun cuando tenga la estructura de un principio. La distinción entre normas programáticas y normas directamente aplicables es irrelevante.

En definitiva, esta explicación puesta a colación nos permite establecer de manera clara, los mecanismos de protección de los derechos dentro del estado ecuatoriano. Por un lado, se tiene derechos en una dimensión subjetiva, que implica la búsqueda de tutela por parte de cada ciudadano, y que plenamente se ha encontrado regulada, en anteriores normas jurídicas del país. Y, por otro lado, también nos encontramos con una dimensión objetiva de protección de los derechos, que no implica de manera alguna intervención del sujeto a quien se le podría vulnerar un derecho. Por el contrario, implica la propia actuación del Estado, en creación de mecanismos de protección de los mismos, y en garantía del principio de progresividad, por el cual se propenderá a crear formas de protección de los derechos que de mejor manera se acoplen el correcto y digno vivir de todos los ciudadanos.

²²² Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 11 numeral 3.

²²³ Claudia Storini, Las garantías constitucionales de los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008, en *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Ed.) Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2009, 287-312.

Entonces, para la protección del derecho a la muerte digna se puede contar con dos mecanismos de actuación por parte del Estado:

1. El propio impulso a través del afectado por medio de una garantía jurisdiccional, que en el caso concreto sería la Acción de Protección o una acción extraordinaria de protección. (Derecho Subjetivo)
2. La aplicación de Garantías Normativas o de Políticas Públicas, para la efectiva tutela de este derecho. (Derecho Objetivo).

Resulta evidente, que la forma de reconocimiento y tutela del derecho a la muerte digna, cualquiera que sea su mecanismo, ya sea, a través de una acción de protección o a través de garantías normativas o de políticas públicas, implica una gran dosis de argumentación y por sobre todo de una correcta interpretación de los principios que son inherentes a este derecho, sin embargo por estos mismos motivos, es que se ha configurado este nuevo enfoque de derechos, que ha sido puntualizado, ampliamente analizado y que ha dado lugar a una nueva teoría que busca concebir el derecho, enfocado en la satisfacción y garantía de los derechos como eje central.

En palabras de Ramiro Ávila Santamaría:

los derechos son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales”²²⁴

Entonces, este análisis, ha permitido evidenciar el espectro tan amplio en el que se encuentra inmiscuido el derecho a la muerte digna, ya que gracias a la norma constitucional podremos inferir “nuevos” derechos implícitos, que de otra manera no pudieren ser evidenciados.

Y de manera concomitante, es ahí en donde los principios se tornan como normas efectivas que se encaminen a la protección derechos, en donde se le dota de manera clara al Juez y al Estado los instrumentos, para la protección y garantía de los derechos²²⁵.

²²⁴ Ramiro Ávila Santamaría, “*Los derechos y sus Garantías, Ensayos Críticos*”, (Quito, 122.

²²⁵ Constitución de la República del Ecuador, Art. 86 numeral 2.

3. La cláusula abierta, principio interpretativo para derechos que derivan de la dignidad humana.

Es necesario en este acápite de la investigación, interrelacionar dos temas que resultan imprescindibles para poder hallar un sustento constitucional y una interpretación efectiva que permita inferir este derecho. El primero refiere al análisis del Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República, conocida como la cláusula abierta, con el objeto de poder determinar su estructura y forma de interpretación constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad noción jurídica que aglutina todos los derechos *no escritos* en la Constitución y que será explicada en líneas posteriores. Y, en segundo lugar, la forma de vinculación de esta norma, con el derecho a la vida, interpelando dentro de este derecho la noción de dignidad y de buen vivir que propugna nuestra Constitución.

Para cumplir este propósito es necesario indicar como antecedente que, si bien en el Ecuador existe un catálogo de derechos taxativamente determinados en la carta magna que pretenden una protección a todas las personas, aquello y tal como ha sido referido en distintas partes de este trabajo, esta clasificación de derechos no engloba, ni protege el catálogo de derechos de manera permanente, por cuanto, en la constante evolución de la sociedad y de los seres humanos, los avances científicos, y las nuevas formas de conocimiento, en cuanto a la autonomía de la voluntad de las persona, evoca constantemente una reforma a la Ley Fundamental, y es en este apartado, donde se encuentran inmersos, los “nuevos derechos”, “derechos no escritos” o “derechos implícitos”.

Se puede señalar entonces que, en el marco de la Constitución del 2008, se tiene derechos, que se encuentran redactados en el documento constitucional e instrumentos internacionales, y los que no lo están, a los cuales se los ha denominado “derechos constitucionales implícitos”²²⁶

En este orden de ideas, resulta trascendente para poder dilucidar la existencia y aplicación derechos implícitos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, referirnos a las fuentes de los derechos fundamentales que han sido reconocidas en el Estado

²²⁶ Ricardo Guastini, *Derechos Implícitos*, en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASUCESOS/2009/Guastini%20derechos%20implícitos.pdf>

Ecuatoriano, las cuales que según el profesor Ramiro Ávila Santamaría se reducen a tres²²⁷:

3.1. Los derechos reconocidos en la Constitución.

Que son el catálogo de derechos que se encuentran positivizados y plasmados de manera taxativa en la carta magna. Al saber, la Constitución ecuatoriana que consta de dos partes, una dogmática y otra orgánica, remite en la primera parte a una enunciación de los múltiples derechos reconocidos, y que gozan de una característica esencial y es que todos ellos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de manera especial de igual jerarquía²²⁸.

Otra característica esencial de los derechos establecidos en la Constitución es que los mismos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte²²⁹. Es decir, cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no se contradiga con los principios constitucionales, tiene que ser aplicada²³⁰

Aquello implica por ende que todos los derechos establecidos en la Constitución son justiciables, si bien en la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del estado, es decir, el estado estaba abusando de su poder²³¹. En la nueva perspectiva de la doble dimensionalidad de los derechos²³², se establece la posibilidad de garantía de estos como garantía de hacer, de no hacer y de propender al mayor goce de un derecho.

Esta última característica, nos permite dar cuenta de la clara intención del constituyente que al conferir a todos los derechos una misma preponderancia, establece

²²⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Ramiro Ávila Santamaría, Ecuador, 2008), 62, 63.

²²⁸ Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Art. 11 numeral 6.

²²⁹ Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, artículo 11, numeral 3.

²³⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Los derechos y sus garantías”, Quito- Ecuador, 2012, 75

²³¹ *Ibid.*, 77.

²³² *Ibid.*, 44.

al mismo tiempo un sistema de garantías que permiten una efectiva defensa de los mismos

3.2. Los instrumentos internacionales.

Tal como ha sido explicado *ut supra*, la existencia de estos derechos “no escritos” o “innominados”, implica la necesidad englobar este concepto con lo que se conoce doctrinariamente como bloque de constitucionalidad. Esta noción jurídica hace referencia tal y como lo manifiesta Rodrigo Uprimny a la “existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional”²³³, es decir “que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”²³⁴. Aquello plantea la circunstancia de que pueden existir normas que no se encuentran taxativamente descritas en la carta magna, pero que sin embargo adquieren un valor normativo de la misma u superior jerarquía constitucional, lo que implica que estas también la componen. El mismo autor explica que para entender esta noción jurídica, se debe conocer que las constituciones “no son instrumentos cerrados ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que, sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional”²³⁵

En este mismo orden de ideas Bidart Campos se refiere expresamente a esta institución, conceptualizando que: “El bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”²³⁶

²³³ Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, (Bogotá: Universidad Nacional-ENS Colombia, 2005), 29

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid., 3.

²³⁶ Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, (Buenos Aires, Ediar, 1995, 265-267), citado por Andrés Gil Domínguez, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y

De manera concomitante la propia Corte Constitucional del Ecuador, respecto al bloque de constitucionalidad ha expresado:

[...]Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales... pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita²³⁷

[...]bloque de constitucionalidad(es) es el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan esas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)²³⁸

Entonces estas normas que se encuentran *por fuera* de la Constitución tienen una relevancia fundamental dentro de la esfera de protección de todas las personas, y es que su efectiva interpretación y aplicación por parte del operador de justicia va a permitir que los derechos no se vean limitados únicamente por los redactados dentro de un texto constitucional. Tal y como obedece la estructura de la propia Constitución del Ecuador, lo que existe son varias vías de entrada para esta tutela de derechos.

Para dar significación a las formas de extraer el bloque de constitucionalidad en el Ecuador, resulta muy importante traer la definición que brinda el profesor Danilo Caicedo respecto de esta institución jurídica:

“podemos definir con carácter general al bloque de constitucionalidad como el instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano.”²³⁹

De este concepto se extrae que la forma de dar contenido al bloque de constitucionalidad implica poder definir dentro del texto constitucional ecuatoriano,

los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 58.

²³⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencias N. 0001-09-S1S-CC, N. 026-12-S1S-CC.

²³⁸ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N. 001-10-SIN-CC.

²³⁹ Danilo Caicedo Tapia, “*El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*”, Foro: Revista de Derecho, No. 12 (2009), 11.

cuales son las cláusulas que permiten remitir una interpretación a valores principios valores y reglas del sistema jurídico por fuera de la carta magna. En esta virtud, y siguiendo el mismo marco investigativo del profesor Caicedo, se encuentran las cláusulas de remisión o reenvío existentes en la Constitución²⁴⁰. De las cuales el autor denomina a aquellas como “el conjunto de normas que sin constar de manera expresa o constando de forma tácita en el texto constitucional orientan sus disposiciones a otros textos normativos nacionales o instrumentos jurídicos internacionales”²⁴¹.

Es aquí, donde se aterriza en los instrumentos internacionales como la segunda fuente de derechos fundamentales vía cláusula de remisión o reenvío que se encuentran determinados en varios artículos de la Constitución del Ecuador.²⁴² Esto implica a nivel internacional, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio *pacta sunt servanda*.²⁴³ Estos instrumentos internacionales son dos clases: los tratados y el *soft law*. Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requiere un trámite de aprobación, normalmente parlamentaria, al interior de los estados, y que debe su ratificación depositarse ante un organismo internacional. Una vez ratificados, los tratados tienen fuerza vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente²⁴⁴.

El *soft law*, en cambio, implica una firma del estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos, pero no tienen un mecanismo de

²⁴⁰ Ibid., 14.

²⁴¹ Ibid., 14.

²⁴² Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Art. 11 numeral 3: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución, en Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁴³ Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, (Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007), 122.

²⁴⁴ Ibid., 62.

protección internacional. Se dice por tanto, que no son vinculantes y de ahí la denominación de “derecho suave”²⁴⁵

Aquello que en definitiva ha sido interpretado como la obligación de aplicar la norma más favorable para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de las personas en caso de que un tratado internacional determine un derecho más efectivo en el caso concreto. Cabe puntualizar en este apartado que la conceptualización de instrumentos internacionales, a la que hace referencia la Constitución, amplía su espectro de inclusión, tanto a tratados internacionales, así como al *soft law*²⁴⁶, lo que implica que cualquiera de estos instrumentos puede ser enunciados, dentro de una acción cuando tenga una interpretación más favorable para los derechos del justiciable.

3.3. Los derechos derivados de la dignidad de la persona.

Ahora bien, una tercera fuente de derechos fundamentales y que también forma parte del bloque de constitucionalidad²⁴⁷ es el referido por el profesor Danilo Caicedo como cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados²⁴⁸. Cabe acotar que esta clasificación en tres fuentes de derechos fundamentales, en el marco

²⁴⁵ Ibid., 62.

²⁴⁶ Ecuador, Constitución de la República, 2008, artículos 11.3, 11.7 y 424.

²⁴⁷ El profesor Danilo Caicedo, aparte de las descritas, determina estas otras cláusulas de remisión que conforman el bloque de constitucionalidad: -Cláusulas declarativas, recurren a principios, es decir, mandatos que pueden realizarse en diferente medida, que no están precisamente determinados, sino que aparecen como antecedentes abiertos en alcance e intensidad. Entre las disposiciones declarativas están los preámbulos, las pautas relativas a política exterior del Estado, las pautas de actuación de los órganos estatales y las relativas a procesos de integración. En nuestra Constitución, que tiene como característica ser programática, abunda este tipo de fórmula. - Cláusulas de remisión a textos cerrados, se refiere a un reenvío a normas expresamente determinadas; ejemplo de esto, algunas constituciones latinoamericanas, con la finalidad de completar su listado de derechos y libertades, se remiten expresamente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. -Cláusulas de remisión a textos por desarrollar. Este es uno de los casos más comunes de reenvío. Es usual que las constituciones se refieran a un marco normativo que aún se encuentra en construcción, marco que por mandato deberá realizarse, más aún si el marco constitucional prevé mecanismos de coerción para dicha labor, en Danilo Caicedo Tapia, “*El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*”, Foro: Revista de Derecho, No. 12 (2009), 16 y 17.

²⁴⁸ Este tipo de normas determinan de manera expresa que los derechos consagrados en la Constitución no excluyen o niegan a otros derechos previstos en otro tipo de normas, con independencia de su carácter nacional o supranacional, así como también otros derechos no advertidos en norma escrita pero que se deriven de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades, en Danilo Caicedo Tapia, “*El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*”, Foro: Revista de Derecho, No. 12 (2009), 16.

constitucional ecuatoriano, también es estructurado por la Corte Constitucional del Ecuador, tal es así que en la sentencia 011-18 la mentada Corte determina:

“Del texto constitucional se desprende que i) los derechos se encuentran en el texto de la Constitución; ii) los derechos se encuentran, además, en los instrumentos internacionales de los derechos humanos; y, iii) los derechos se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales. A estos últimos se los conoce como derechos innominados. 139. La comprensión de que la Constitución tiene más derechos que los expresamente reconocidos en su texto, o que los derechos y el contenido de los derechos constitucionales se desarrollan en instrumentos ajenos a su texto, es lo que se ha conocido como el bloque de constitucionalidad”.²⁴⁹

La inclusión de esta cláusula abierta de derechos va de la mano con un argumento filosófico y un argumento histórico que es necesario hacer referencia. El argumento filosófico viene determinado por la derivación de las ideas de Kant que fueron ya explicadas, en cuanto a la dignidad vista en cuanto a el imperativo categórico que impone: “...obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio...”²⁵⁰ y que en definitiva encaminan que la persona humana puede lícitamente hacer todo lo que no vaya contra el derecho de otra u otras personas y no está legítimamente prohibido.²⁵¹

El origen de determinación de derechos que derivan de la dignidad humana con relación a estado ecuatoriano tiene su origen y premisa en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución de 1787 no contenía una Declaración de Derechos. La inferencia filosófica del texto constitucional, claramente expuesta ya en la Declaración de la Independencia de 1776 y en el Preámbulo de la Constitución, presupone la existencia y reconocimiento de estos derechos.²⁵² Hamilton,

²⁴⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N. 011-18-CN/19.

²⁵⁰ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, trad., García Morente, M, Ed. Encuentro, “opúscula filosófica”, nº 18, Madrid, 2003.

²⁵¹ Héctor Gross Espiell, *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo Americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos*, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976069>.

²⁵² Alexander Hamilton, *El Federalista*, (LXXXIV, Fondo de Cultura Económica, México, 1943). 375.

en *El Federalista*, justificando la inexistencia de una Declaración de Derechos Humanos en la Constitución de 1787, decía que estos derechos estaban reconocidos en diversas partes del texto constitucional, por lo que era innecesario hacer mayores precisiones. Pero además agregaba en cuanto a los derechos del pueblo no enunciados lo siguiente: “...Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso y como lo retiene todo no necesita reservarse ningún derecho particular...”²⁵³

Aunque esta carencia sería suplida por la IX enmienda que dispone: “La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el Pueblo”²⁵⁴

Muchos años después, esta enmienda tendría alta influencia tanto en Argentina (1860) y Uruguay (1918), y con posterioridad en los países de Brasil (1980), Colombia (1991), Bolivia (1964) y Ecuador (1998)²⁵⁵, teniendo en común en su mayoría de estados una premisa fundamental y base de un comentario entero iusnaturalista determinado por el tratadista argentino Joaquín V. González:

Los derechos que la Constitución enumera no son todos los que pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil. Además, al declararlo así, la Constitución Argentina, como la de los Estados Unidos, confirmó “el principio de que las Constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y defenderlos, y que, si algunos son especialmente enumerados y protegidos, sólo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos”²⁵⁶

En este mismo sentido, se puede evidenciar que la mayoría de los estados de Latinoamérica han implementado una norma de esta naturaleza, claro está con sus particularidades y especificidades propias, de cada realidad jurídica de estos países²⁵⁷

De modo idéntico que ha existido un reconocimiento universal a la dignidad humana a nivel internacional, como la fuente de derechos fundamentales, en el estado ecuatoriano hemos sido partícipes de una Constitución que tiene fundamento primordial

²⁵³ Ibid., 376.

²⁵⁴ Héctor Gross Espiell, *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos*, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976069>

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, (Edición Estrada, Buenos Aires, 1951), 111-112.

²⁵⁷ Véase, Héctor Gross Espiell, *Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el Constitucionalismo Americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos*, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976069>

la realización y alcance la garantía de una vida digna. Realizando una breve alusión al texto del preámbulo de la Constitución en su parte pertinente nos determina: “Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades [...]”²⁵⁸

La razón de ser del nuevo Constitucionalismo establecido en el Ecuador es el de poder dotar una estructura que garantice el pleno desenvolvimiento de todos quienes lo integramos, a base de una perspectiva basada en el buen vivir. Bidart Campos ha dicho con razón:

hay constituciones con una norma expresa sobre los derechos no enumerados o implícitos a los que no se puede negar ni desconocer constitucionalmente por el hecho de estar ausentes en el catálogo declarativo, que no debe recibir el carácter taxativo o exhaustivo. Queda la rendija de la amplitud para dar entrada a otros derechos que, pacificados con los enunciados en normas expresas, tienen que disfrutar del amparo de la Constitución en un mismo nivel jerárquico con los otros y con ella misma²⁵⁹

En este sentido, resulta paradigmática la inclusión en el marco constitucional de una norma que nos permite ampliar y reconocer una nueva categoría de derechos y que basan su fundamento en la dignidad humana, esta disposición se encuentra plasmada en la norma contenida en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador la cual forma parte del bloque de constitucionalidad, y que establece:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

7. 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.²⁶⁰

Una aproximación interpretativa de esta norma nos permite inferir que el constituyente, ha buscado ampliar el catálogo de derechos, no únicamente a los taxativamente establecidos en la Constitución o tratados internacionales, sino que tal

²⁵⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, Preámbulo.

²⁵⁹ Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, (UNAM, México, 1989), 359.

²⁶⁰ Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Art. 11 numeral 7.

como se ha explicado, ha incluido una cláusula abierta²⁶¹ que abre un haz de posibilidades para el reconocimiento de derechos que puedan encontrarse implícitamente adscritos en la Constitución y que en base a una actividad interpretativa, puedan ser deducidos y protegidos como cualquier otro derecho “escrito” en ella.

Ahora bien, respecto de esta norma constitucional (principio de aplicación del derecho) es necesario poder definir y descubrir su fin último y sobre todo si es posible que de aquella se pueda realizar una aplicación directa como garantía de los derechos fundamentales invocados.

Respecto a aquello, existen diversas posiciones en cuanto a la forma en la que debe ser entendida esta cláusula abierta y su función interpretativa para con el resto del ordenamiento constitucional. Un gran aporte a este respecto es el expuesto por el profesor Giancarlo Rolla²⁶² quien manifiesta bajo su criterio, que sería forzado interpretar a estas cláusulas generales del mismo modo que si fuesen “cláusulas abiertas”; porque, en caso contrario, no sería posible distinguir los derechos constitucionalmente garantizados de los que no gozan de una tutela constitucional.

Sin embargo, el autor explica de igual manera, que las mismas desarrollan, dentro del sistema de los derechos fundamentales de la persona, una pluralidad de funciones, que son:

- a) De interpretación;
- b) Distintivo del ordenamiento constitucional;
- c) De universalización de ciertos derechos fundamentales;
- d) De ponderación en el caso de conflicto entre diversos derechos constitucionales.

a) Como criterio de interpretación de los derechos regulados en los textos constitucionales implica que el principio de la dignidad de la persona es una cláusula general para la interpretación de otros derechos, para actualizar el número de situaciones subjetivas que se consideren merecedoras de tutela. Habilitan extraer de las múltiples disposiciones constitucionales en materia de derechos individuales, datos de la

²⁶¹ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Ecuador, Ramiro Ávila Santamaría), 63.

²⁶² Giancarlo Rolla, "El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas", *Anuario de Justicia*, Madrid España, 2002 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1975599.pdf>.

personalidad humana que concurren a perfilar el derecho que toda persona tiene a la dignidad y al desarrollo de la propia personalidad.²⁶³

Para el autor suministra en otras palabras, una base legal para desarrollar una interpretación evolutiva que asegure una continua síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos. Esta actividad interpretativa no posee, naturaleza creativa en sentido propio, sino meramente verificadora, en tanto que explícita o relata la historia de los derechos positivamente recogidos.²⁶⁴

Lo que implicaría, que el valor de la dignidad se puede considerar un *principio rector*, que orienta la actividad normativa y jurisprudencial. En otras palabras, la dignidad humana proyecta su luz sobre los derechos individuales, enriqueciéndolos con nuevos significados.²⁶⁵ Como criterio general de interpretación, el reconocimiento del valor de la dignidad humana exige, por un lado, que una disposición susceptible de asumir más de un significado deba ser interpretada de la forma más conforme con el principio de dignidad; excluye, por otro lado, que pueda ser legítimamente acogida una interpretación contraria o en conflicto con tal²⁶⁶

b) Las cláusulas que hacen referencia a la dignidad humana asumen también para el autor una función de unificación, en el sentido de que compactan la multiplicidad de derechos reconocidos en los textos constitucionales en torno a la noción de persona, favoreciendo una reconstrucción unitaria de la misma. Los distintos derechos, aun cuando poseen un significado específico cada uno, tutelan un bien jurídico unitario: los rasgos concretos de la personalidad humana; de suerte que, resultando autónomamente enjuiciables, resultan reconducibles a la más general expresión de la dignidad humana.²⁶⁷

c) Este principio confiere unidad al sistema de derechos fundamentales de la persona, en tanto que todos son inherentes a la dignidad propia de cada ser humano. En su dimensión de valor jurídico supremo del ordenamiento constitucional, la dignidad humana también posee un significado normativo autónomo, que puede reconstruirse a partir de la consideración de que la dignidad es un bien espiritual, inmaterial, que pertenece a cada persona. El fundamento jurídico del principio de la dignidad humana se

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Ibid.

conecta para el autor con el principio de igualdad, que, en su moderna concepción, que rechaza una visión formalmente igualitaria y homogénea de la sociedad, prohíbe que las inevitables diferencias sean el presupuesto de actos de discriminación susceptibles de impedir la formación de oportunidades iguales o de atacar la dignidad de la persona.²⁶⁸

d) No cabe duda de que el reconocimiento de la dignidad humana tiene como corolario una vasta gama de derechos civiles, sociales y políticos. Sin embargo, no se puede ignorar que las situaciones subjetivas particulares representan una proyección directa e inmediata de tal principio, independientemente del hecho de que encuentren, de forma más o menos clara, un expreso reconocimiento en otras disposiciones de la Constitución. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la honorabilidad, a la identidad sexual, a la autodeterminación y al libre desarrollo de la propia personalidad.²⁶⁹

Por otra parte, para los profesores Carolina León y Víctor Wong²⁷⁰, la cláusula abierta representa una forma de apertura para la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos, en tanto y en cuanto representan la posibilidad integradora de los derechos. Es decir, manifiestan el mismo criterio de fuentes de derechos fundamentales expresado en líneas anteriores; reconociendo en tal virtud de manera concomitante la existencia de un bloque de constitucionalidad. Manifiestan en este mismo sentido, que, la discusión de si el catálogo de derechos fundamentales es cerrado y, por tanto, la protección especial es solamente para los derechos insertos literalmente en el texto constitucional, se la dejaría a un lado, puesto que al establecerse una cláusula abierta a los derechos se estaría ampliando necesariamente la gama de derechos que deben ser protegidos.

Así también indican los autores, que a pesar de que ciertas opiniones refieren de que, si bien es cierto que se abre el catálogo de los derechos con este tipo de cláusulas, los derechos que se integran gracias a ellas son derechos materialmente pero no formalmente, es decir, no se constitucionalizan. En contraposición a esta idea, manifiestan que, es claro que desde el momento en el cual la Constitución los admite al

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Carolina León Bastos y Víctor Alejandro Wong Meraz, "Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época* 18, n.º 2 (20 de septiembre de 2016): 93-125, https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2015.v18.n2.51784.

lado de los derechos fundamentales que contiene, deben ser garantizados de la misma manera que si fueran derechos constitucionales, por lo que no habría ningún problema en denominar el término del proceso como constitucionalización de los derechos humanos²⁷¹

Con todas las posturas que han sido relatadas, y dentro del contexto constitucional ecuatoriano, la caracterización del principio contenido en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución es el siguiente:

1. La cláusula abierta cumple una función explicativa y justificaría²⁷², tiene el propósito definir en nuestro ordenamiento jurídico la relevancia de la dignidad como una fuente y proyección de derechos inherentes a la persona humana. Aquello se interconecta con el resto de los principios inherentes tanto a la progresividad de los derechos, así como la aplicación del principio pro homine, los cuales serán analizados más adelante.
2. La cláusula abierta, al ser un principio en estricto sentido²⁷³ plenamente optimizable y al estar configurado de manera abierta en sus condiciones de aplicación, conlleva a que para determinar su prevalencia va a encontrarse supeditada a una interpretación y análisis interpretativo respecto de los elementos del caso concreto y su vinculación con la dignidad humana.
3. Este principio permite realizar una construcción argumentativa, para poder dentro de un caso concreto evidenciar: a) La existencia de una posible vulneración a la lesión a la dignidad humana y b) A raíz del hallazgo de esta vulneración, construir a partir de una adscripción de un derecho fundamental, un derecho derivado de la dignidad humana implícitamente reconocido.
4. Si es posible realizar la adscripción referida en el numeral 3, aquello implica que irremediablemente este derecho puede y debe ser tutelado través de los mecanismos y las garantías expresadas en la Constitución de la Republica, lo contrario implicaría crear una diferencia (que no existe regulada en la

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Principios y Reglas”, *Doxa*, accedido el 01 de abril de 2020, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf

²⁷³ Ibid.

Constitución) entre derechos que pueden ser tutelados y derechos que no pueden ser tutelados, circunstancia que sería inaceptable. Este último razonamiento, es la plena justificación de esta cláusula como una fuente de derechos que conforman el bloque de constitucionalidad en el Ecuador y su clara correlación con la dignidad humana.

4. Las normas de derecho fundamental expresas y adscritas.

Una vez que hemos hallado en el ordenamiento jurídico constitucional la existencia de un principio que reconoce derechos que derivan de la dignidad humana, el siguiente paso es encontrar un argumento jurídico e interpretativo respecto de cómo configurar estos derechos que no están escritos y enmarcarlos en una justificación aplicativa práctica.

En este contexto, resulta imprescindible poner en manifiesto, lo planteado por el profesor Robert Alexy en su obra “Teoría de los Derechos Fundamentales”, en cuanto a su categorización respecto los tipos normas de derecho fundamental.

Al hacer esta distinción el autor las divide en: normas de derecho fundamental expresas, que son las que se encuentran directamente establecidas por disposición en la Ley Fundamental de Alemania y normas de derecho fundamental adscritas, las que no están directamente establecidas por el texto constitucional, sino que esta adscritas a las normas expresas²⁷⁴. Estas normas *adscritas* son “aquellas para cuya adscripción a una norma de derecho fundamental expresa es posible dar una fundamentación iusfundamental (lógicamente) correcta”²⁷⁵. Por tanto, para que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental, depende de que sea posible una argumentación iusfundamental correcta.²⁷⁶ La consideración de las normas adscritas como normas de derecho fundamental se justifica a partir de relaciones especiales que establecen con aquellas normas expresadas de modo directo en la Carta Magna.

Estas relaciones se clasifican para el autor, pudiendo existir por un lado una relación de fundamentación “entre la norma que hay que precisar y la norma que

²⁷⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 52 a 72.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid.

precisa²⁷⁷ es decir entre las normas adscritas y las normas directamente expresadas, (fundamentación ius fundamentalmente correcta) o una relación de precisión, que implica que, “si no se presupusiese la existencia de este tipo de normas, no sería claro qué es aquello que, sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido²⁷⁸, es decir como una suerte de “norma de remisión tácita que envuelve en su contenido al precisar²⁷⁹

Sin embargo, el mismo Alexy señala que “las reglas de fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un solo resultado²⁸⁰. De aquí que el autor admita que, en muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles pueden ser normas adscritas de derecho fundamental.

Es por ello que afirma que la “discusión sobre derechos fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de cuáles normas está adscritas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas²⁸¹. Atento a lo ocurrido establece un requisito esencial, señala que las adscripciones deben ser efectuadas conforme a derecho, lo que solo sería posible cuando se realiza una fundamentación iusfundamental correcta.

Por lo que se puede establecer en una primera aproximación, que los derechos implícitos (normas adscritas para Alexy), son aquellos derechos que no se encuentra directamente determinados en la Constitución, pero que, al tener tal relevancia e importancia vinculada con la dignidad humana, se evidencia su reconocimiento a través de una autoridad competente, inferida a través de una fundamentación ius fundamentalmente correcta, y otorga a la pretensión subjetiva que ha sido incoada, una protección constitucional.

De manera concomitante, Riccardo Guastini refiriéndose a los derechos implícitos, nos indica que si un derecho subjetivo es el producto de una norma que lo confiere, un derecho implícito es de igual manera el producto de una norma implícita que también la contiene.

Tal es así, que una norma implícita sería aquella clase de norma carente de formulación en los textos normativos y que no pueden ser reconducidas a través de

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid., 52.

²⁷⁹ Ibid., 52.

²⁸⁰ Ibid., 54.

²⁸¹ Ibid.

textos normativos. Esta falta de determinación y carencia de “norma expresa”, nos llevaría a dilucidar que las normas implícitas son por ende una construcción jurídica, es decir, el fruto de un razonamiento jurídico llevado a cabo por los intérpretes a efectos de formular una norma que hasta ese momento no “existía”.²⁸²

Para Guastini, estos razonamientos para la deducción de esta norma pueden ser:

1. Inferencias Lógicamente válidas. - las cuales nacen siempre de normas expresas, que usando el ejemplo del autor respecto del ordenamiento italiano se deducen:
 - Una norma expresa dispone que los actos con fuerza de ley del Presidente de la República deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros.
 - Otra norma expresa atribuye fuerza de ley a los así llamados decretos-leyes (actos deliberados del Gobierno en casos de necesidad y urgencia)
 - El resultado de la inferencia lógica sería que en tal virtud la norma implícita sería que los decretos-ley deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros.

Es decir que, de la interpretación de dos normas jurídicas expresas, se puede realizar una inferencia lógica que nos permite deducir una norma no expresa la cual tiene como resultado regular un hecho práctico que necesita una respuesta jurídica.

2. Otros razonamientos, los cuales en su mayoría carecen de inferencias lógicamente válidas y también carecen de normas expresas para su interpretación, cuyo ejemplo es el siguiente:
 - En la Constitución italiana, el Gobierno debe gozar de la confianza de la Cámara (norma expresa)

²⁸² Riccardo Guastini, *Derechos implícitos*, (Universidad de Génova - Italia), Traducción Alí Lozada, <https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf> 1, 2.

- Por tanto, la Constitución italiana ha instituido una forma de gobierno parlamentario (lo que se infiere a partir de la norma expresa mencionada y de una tácita definición de «gobierno parlamentario»);
- En el gobierno parlamentario el jefe del Estado no tiene funciones de conducción política, sino sólo funciones de garantía de la constitución (premisa «teórica», propia de la dogmática constitucional);
- Por tanto, el jefe del Estado no puede objetar la expedición de decretos leyes deliberados del Gobierno, sino cuando sean evidentemente inconstitucionales (norma no expresa).

Del ejemplo planteado se tiene que, el intérprete realiza un ejercicio de interpretación en el que concluye que el Jefe de Estado no puede objetar decretos leyes a base de un ejercicio de inferir normas expresas (no todas), para de ahí realizar inferencias en base a normas tácitas, premisas de dogmática constitucional y deducir la norma expresas “per se”²⁸³

En conjunto, se puede determinar que los derechos adscritos, dependen de la existencia de una norma jurídica, que fundamente su inferencia al caso concreto, más, sin embargo, esa actividad interpretativa puede hallarse no solo en la deducción de las propias normas expresas existentes, sino de otros medios de interpretación, que se derivan de una actividad hermenéutica del juzgador a la hora de establecer y dilucidar la existencia de este derecho.

Entonces, aquí se puede establecer un ejemplo claro de la inferencia del derecho a la muerte digna con el resto de las normas constitucionales expresas, que resulta de la siguiente actividad interpretativa:

- La Constitución del Ecuador, reconoce en el Art. 11 numeral 7, los derechos que se deriven de la dignidad de las personas.
- Cualquier acto que vaya en detrimento de esta dignidad debe atravesar por un examen que verifique la vulneración de un derecho.

²⁸³ Riccardo Guastini, *Derechos implícitos*, (Universidad de Génova - Italia), Traducción Alí Lozada, <https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf> p. 1, 2.

- Este examen radica en la interpretación del derecho a la vida y su protección en todos los estadios de su desenvolvimiento, incluida la muerte, la cual no puede socavar la dignidad de cada sujeto.
- Por lo tanto, a partir del derecho a la vida, se infiere la protección del derecho a una muerte digna, cuando esta ha sido menoscabada, lo cual requiere una protección y tutela del estado.

Por tanto, la justificación del derecho a la muerte digna se configura entonces en un derecho implícito que deriva de su inferencia, y deducción de una norma expresa que es el derecho a la vida, y que halla su fundamento en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución.

En definitiva, el propósito de la existencia de un derecho implícito es el de dotar una posibilidad de poder concretizar principios, que puestos a conocimiento del órgano competente permitan la construcción y verdadero reconocimiento de derechos que puedan reconocerse y que sirvan como fundamento de protección a la dignidad de las personas.

5. Los mecanismos de tutela, protección y desarrollo interpretativo de la muerte digna.

En esta investigación y dentro del marco jurídico ecuatoriano, es necesario vislumbrar las varias alternativas para poder tutelar el derecho a la muerte digna como parte del derecho a la vida. Dentro de la regulación jurídica a la muerte digna, se pudo determinar una propuesta de garantía normativa para poder crear una exclusión de antijuridicidad en torno a la eutanasia y suicidio asistido. Sin embargo, es esencial y preponderante establecer los mecanismos referidos a las garantías jurisdiccionales, así como formas de generar jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional. En cuanto a las garantías jurisdiccionales, estas son reconocidas por la Constitución de la República a través de siete mecanismos procesales específicos y especializados que permiten a las personas y colectivos, por intermedio de los jueces, garantizar efectivamente sus

derechos²⁸⁴. De todas estas las que tienen relevancia y aplicación en esta investigación son la acción de protección y la acción extraordinaria de protección.²⁸⁵

5.1. La acción de protección.

La aplicación y regulación práctica del derecho a la muerte digna, mira su vía de entrada y tutela a través de la acción de protección. Esta acción jurisdiccional, tiene una relación íntima con la acción de amparo que se encontraba regulada en la Constitución de 1998, sin embargo, su diferenciación sutil, se evidencia, en que en la Constitución de 1998 la Acción Constitucional que tutela derechos humanos era exclusivamente cautelar. Esto quería decir que la solución al caso que daban los jueces era provisional, y que la definitiva tenía que encontrarse en la vía ordinaria, que normalmente era la contenciosa administrativa. El requisito era que el amparo procedía cuando había un daño grave e inminente. La acción de protección no es el amparo ni tampoco es cautelar. La acción de protección es de conocimiento y las medidas cautelares son provisionales.²⁸⁶

En definitiva, esta garantía no es cualquier protección, se trata de una *tutela efectiva*, esto es, una protección que garantiza que en la práctica los derechos sean respetados por todos. Por lo que puede afirmarse que la Constitución prevé un *principio de efectividad*, por medio del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y, en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos.²⁸⁷

El Art. 88 de la Constitución define a la acción de protección como:

²⁸⁴ Estos son: las medidas cautelares, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección, en Constitución de la República del Ecuador, Art. 86 numeral 2.

²⁸⁵ Montaña Pinto, Juan. “*Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección*”. (Apuntes de derecho procesal constitucional, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011), 105.

²⁸⁶ Ramiro Ávila Santamaría, “Los derechos y sus Garantías, Ensayos Críticos”, (Corte Constitucional de Ecuador, Quito-Ecuador), 216.

²⁸⁷ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, “La acción de Protección en el Ecuador”, Corte Constitucional de Ecuador, Quito-Ecuador, 40.

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.²⁸⁸

Entonces, existe una acción, que permite una verdadera actuación inmediata para la tutela de los derechos, tanto para los establecidos en la Constitución, cuanto para los que se encuentran regulados en instrumentos internacionales, y los derivados de la dignidad de las personas. Resulta importante resaltar en este aspecto lo que manifiesta Juan Montaña Pinto, al decir que la acción de protección es o constituye, la cláusula general de competencia en materia de garantías, de tal manera que mediante ella se pueden garantizar todos los derechos, en particular aquellos que no tengan o no estén amparados por una vía procesal especial, y en tanto tal, se constituye en la herramienta básica para la garantía de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza en Ecuador, ya que es el instrumento básico e inmediato con que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para tutelar eficazmente los derechos.²⁸⁹

En este mismo sentido, resulta imprescindible poner en relieve la importancia que adquiere esta acción y otras afines, dentro del ámbito de tutela para la Corte Constitucional, quien dentro de la sentencia 11-18 CN ha determinado lo siguiente:

En relación con los jueces y juezas, cuando en uso de sus competencias constitucionales, conocen garantías constitucionales, tienen la obligación de brindar tutela efectiva a las personas víctimas de violaciones a sus derechos. Como se ha visto, los derechos que se pueden invocar y aplicar no solo son los reconocidos en la Constitución, sino también los que se deriven de instrumentos internacionales de derechos humanos y más que se deriven de la dignidad humana. En esta forma de adecuación de los instrumentos jurídicos internacionales, la práctica jurisdiccional ha tenido dificultades [...] ²⁹⁰

Es así que, esta acción permitirá a cualquier persona en situación de enfermedad terminal irreversible, el poder activar el aparato jurisdiccional ordinario de manera directa y sin dilaciones.

²⁸⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 88.

²⁸⁹ Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, 105.

²⁹⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N. 011-18-CN/19.

5.2. La acción extraordinaria de protección

Por otra parte, existe la garantía denominada acción extraordinaria de protección, que implica un recurso/acción²⁹¹ definida en nuestra Constitución de la siguiente manera:

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.²⁹²

De manera coincidente el artículo 437 de la Constitución refiere:

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha referido así al amparo (acción extraordinaria de protección en el Ecuador):

El artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales [...]. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.”²⁹³

²⁹¹ Según la propia Constitución de la República del Ecuador, esta garantía puede ser asumida como acción o recurso, sin embargo, la Corte Constitucional dentro de las sentencias No. 020-09-SEP-CC, 13 de agosto del 2009 y la No. 009-09-SEP-CC, 19 de mayo de 2009, la infiere como un recurso asimilable al de nulidad, retro trayendo el proceso hasta el momento de la vulneración del derecho.

²⁹² Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 94.

²⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 23. Véase también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 32.

Es en este sentido, que esta institución adquiere una relevancia esencial ya que permite que el máximo intérprete de la Constitución, es decir la Corte Constitucional, analizar en cada caso concreto referido a una sentencia o auto, la existencia de una vulneración derechos constitucionales por parte de los poderes del Estado. Esta garantía permitiría entonces poder revisar una sentencia que vulnere el derecho a la vida, implícita en ella la muerte digna y permitir que la Corte Constitucional lo desarrolle de manera más ampliada.

5.3. Selección de casos por parte de la Corte Constitucional.

Una vez que se ha hecho una breve aproximación respecto de las garantías jurisdiccionales en las que se apoya el derecho a la muerte digna, es también relevante poder hacer alusión a otra forma de toma de conocimiento de un caso concreto, sobre el cual tiene la Corte Constitucional del Ecuador, la facultad de crear jurisprudencia vinculante. El mismo se refiere a la selección de casos ordinarios de garantías jurisdiccionales que se regula tanto en la Constitución, cuanto en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

Esta forma de control concreto establecido en el Ecuador implica conforme lo manifiesta Agustín Grijalva²⁹⁴, que la Corte Constitucional, adquirió otra facultad de mayor importancia y responsabilidad en esta materia que hasta ese momento era inexistente en nuestro ordenamiento jurídico: generar jurisprudencia vinculante en materia de garantías constitucionales. Así lo determina el Art. 436 numeral 6 de la Constitución:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data,

²⁹⁴ Agustín Grijalva “*Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*” en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 282.

acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.²⁹⁵

De igual manera en el título III, capítulo tercero, sección primera de la Constitución, que regula las garantías jurisdiccionales de protección de derechos, se dispone en el Art. 86 numeral 5 lo siguiente: “Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.”²⁹⁶

Entonces, la finalidad de esta institución, en palabra de la Corte Constitucional del Ecuador es:

creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales, que eviten la superposición entre las garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y por sobre todo, ilustrando y guiando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general²⁹⁷

Así también, es importante indicar que la misma Corte Constitucional ha reconocido expresamente que es un objetivo del sistema de selección y revisión de sentencias el desarrollar derechos constitucionales, tal y como se puede verificar en el segundo precedente vinculante, contenido en la sentencia No. 001-14-PJO-CC dentro del caso No. 967-11-JD, en el que señala que el sistema de selección y revisión de sentencias es “un mecanismo que tiene por objeto el desarrollo del contenido de los derechos constitucionales y el estudio de la garantía utilizada en el caso bajo análisis”.²⁹⁸

En estas circunstancias, es en donde entra en escena la posibilidad de la Corte Constitucional de poder analizar y desarrollar dentro de un caso concreto la inferencia del derecho a la muerte digna. Aquello con la trascendente facultad de poder emitir un criterio interpretativo y aplicativo que tenga un carácter *erga omnes*, se decir de aplicación universal para toda la población. Concordante a este criterio, Diego Zambrano Álvarez manifiesta:

²⁹⁵ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 436.

²⁹⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 86 numeral 5.

²⁹⁷ Ecuador Corte Constitucional. Sentencia N.º 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010.

²⁹⁸ Ecuador Corte Constitucional. Sentencia N.º 001-10-PJO-CC, No. 001-14-PJO-CC dentro del caso No. 967-11-JD, 23 de abril de 2014.

En este sentido, al ser la Corte Constitucional el máximo intérprete de la Constitución y al poseer la facultad de dictar jurisprudencia vinculante, podría, en determinados casos incorporar normas al bloque de constitucionalidad por medio de sus fallos, por ejemplo, cuando estos son capaces de desarrollar el contenido de los derechos constitucionales o incorporar derechos implícitos o nuevos, en virtud de la cláusula abierta, prevista en el artículo 11, numeral 7 de la Constitución de la República.²⁹⁹

Entonces este mecanismo tan peculiar³⁰⁰, pero con una trascendencia y especificidad tan relevante, puede permitir que la corte a través del procedimiento pertinente, proceda a especificar y dotar al derecho a la muerte digna generalidad que se propende en esta investigación.

Con todos estos mecanismos que han sido analizados en líneas anteriores, cabe entonces justificar la forma en que las mismas pueden elaborar un argumento a favor del derecho a una muerte digna. Para englobar esta actividad de defensa, es necesario referirse a la significación del derecho a la vida como fundamento primordial para encontrar la muerte digna implícita en aquella; así como también es necesario dilucidar el rol garantista e interpretativo del Juez para una actividad hermenéutica que reconozca este derecho implícito.

6. La reformulación del derecho a la vida.

Probablemente, el mayor problema con el que nos encontremos para tratar de realizar una defensa en el marco jurídico ecuatoriano, referente al derecho a la muerte digna, es fundamentalmente, la argumentación respecto de que la vida como derecho fundamental tiene un carácter absoluto, inquebrantable y muchas veces “sagrado”³⁰¹.

²⁹⁹ Diego Zambrano Álvarez “*Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional*”, en Apuntes de Derechos Procesal Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011, p. 233.

³⁰⁰ Este mecanismo de selección de sentencias fue introducido por primera vez en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, adoptando un esquema constitucional que se desarrollaba en el derecho constitucional colombiano, ver Art. 241 numeral 9 Constitución de Colombia.

³⁰¹ Helga Kuhse ha señalado con rotundidad que la tradición judeocristiana de pensamiento moral ha transformado la vida humana, un valor aunque con límites, en algo “sagrado” y, aunque esto evidentemente ha sido muy importante en un sentido para la constitución y desarrollo del derecho humano a la vida, también en otro sentido ha contribuido a convertir la vida en algo ajeno, extraño, heterónomo respecto al resto de los valores humanos, en Kuhse, “La Eutanasia,” en Tooley, “In Defense of Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide,” 167-70.

Al igual que la mayoría de los derechos fundamentales, el derecho a la vida adquirió una relevancia preponderante a raíz de los hechos suscitados en la segunda guerra mundial, premisa de la cual surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el que reconoce en el Art. III el derecho a la vida: “Art. III: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”³⁰².

De igual manera, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, considera el derecho a la vida como un derecho universal y supremo del ser humano, dictando que este derecho “no puede ser comprendido de modo restrictivo, y que su protección requiere que los Estados adopten medidas positivas para la protección de este derecho”³⁰³

Por su parte, el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dispone que: “nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”³⁰⁴

En el caso americano, se tiene la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo I prevé que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad de su persona”.³⁰⁵

De igual forma la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 4 determina: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.³⁰⁶

Entonces, la formulación de este derecho establece la universalidad de los derechos humanos, ergo es fiel al principio intrínseco de los principios inherentes a la dignidad humana. Así también, este derecho tiene una importancia trascendente, al cumplir una función de irradiación al resto de derechos; es decir, solo la protección del derecho a la vida deja la posibilidad de gozar de todos los demás derechos, así lo menciona José Carlos Remotti: “el derecho a la vida es prerequisite de los demás derechos humanos, los cuales carecen de sentido si no se garantiza la vida. El derecho a

³⁰² Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. III.

³⁰³ Comité de Derechos Humanos de la ONU. (A/37/40), General Comment 6.

³⁰⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 2.

³⁰⁵ Declaración Americana de los Derechos Humanos, Artículo I.

³⁰⁶ Declaración Americana de los Derechos Humanos, Artículo 3.

la vida no sólo implica el no ser privado arbitrariamente de ella, sino que también comprende la garantía de que la vida se desarrolle de forma digna³⁰⁷

En su contenido, en un principio el derecho a la vida tal y como ha sido vislumbrado con la normativa internacional, ha tenido como objeto el defenderla con el propósito prevenir la muerte de otro ser humano de manera arbitraria³⁰⁸, sin embargo, este derecho no ha permanecido estático en su regulación y desarrollo, por el contrario, a través del tiempo ha existido una amplitud en su contenido y en la forma que se desarrolla y protege a las personas.

Aquello implica que el derecho a la vida no solo se establece como un deber de proteger la vida y coaccionar a quien la vulnere, sino que la doble dimensión de este derecho comprende de igual manera una obligación del Estado de propender y garantizar una vida que cumpla con ciertos estándares de dignidad.

Para poder entender esta evolución, resulta necesario poner en relevancia la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos formula el contenido del mismo en esta dimensionalidad.

Dentro del caso Villagrán Morales³⁰⁹, demuestra claramente el inicio de la evolución y ampliación del concepto del derecho a la vida, más conocido como el caso de los niños de la calle. Los hechos apuntan que en la época en que sucedieron tales atrocidades, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los niños de la calle; esta

³⁰⁷ José Carlos Remotti. *La Corte Interamericana de Derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, (Instituto Europeo de Derechos humanos. Barcelona. España. 2003), 370.

³⁰⁸ Es decir, la configuración inicial del derecho a la vida consiste en una prohibición de no realizar actos que vulnere este derecho, lo que implica un desarrollo normativo interno que sancione una conducta que infrinja la vida de las personas.

³⁰⁹ Los hechos apuntan que en la época en que sucedieron tales atrocidades, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los niños de la calle; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos, e incluso homicidios, que tenían como propósito contrarrestar la delincuencia y la vagancia juvenil, véase Los hechos apuntan que en la época en que sucedieron tales atrocidades, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los niños de la calle; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos, e incluso homicidios, que tenían como propósito contrarrestar la delincuencia y la vagancia juvenil, en Renata Cenedesi Bom Costa Rodrigues, *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, enero de 2005, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19191>.

práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos, e incluso homicidios, que tenían como propósito contrarrestar la delincuencia y la vagancia juvenil.³¹⁰

Ante estos hechos que fueron probados, la Corte Interamericana al condenar al Estado guatemalteco señaló que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, por lo que al ser vulnerado resta sentido a los demás derechos. Además, enfatizó que, en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.³¹¹

De aquello se infiere que la vida adquiere un ámbito de protección aún más extenso que implica:

1. Una obligación negativa, que supone que a nadie se le puede privar arbitrariamente de la vida
2. Una obligación positiva, exige de los Estados, todavía más, tomar todas las providencias apropiadas para protegerla y preservarla.³¹²
3. Una dimensión de la vida como un discurrir continuo en cada persona en el cual debe propenderse a que la misma sea digna.

Resulta interesante también, acercarse a la postura de Manuel Atienza sobre el derecho a la vida, la cual se traduce en los siguientes argumentos: 1) el Estado de ninguna manera puede efectuar medidas en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida, a efecto de mantenerlo con vida. 2) El derecho a la vida implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás, y, en su caso, el Estado no solo tiene deberes negativos, sino también positivos de garantizarnos la vida. 3) El derecho a la vida solo puede limitarse si su ejercicio afecta derechos fundamentales de terceros o supusiera un riesgo para el sistema democrático, entre otros riesgos igualmente graves.³¹³ Entonces, es indiscutible la trascendencia de este derecho que ha tenido una protección ampliada y que implica una tutela de la vida como un proceso.

³¹⁰ Renata Cenedesi Bom Costa Rodrigues, *El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, enero de 2005, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19191>.

³¹¹ Ibid.

³¹² Jueces Sonia Picado Sotela, Asdrúbal Aguiar-Aranguren y Antonio Cançado Trindade, Voto disidente a la Sentencia de 21 de enero de 1994. Caso Gandaram Panday vs Surinam Párrafo 2.

³¹³ Manuel Atienza, *Tras la justicia*. España. Ariel Derecho, 2003, pp. 114 y ss.

En este mismo orden de ideas la justificación de esta investigación inquiriere que se pueda argumentar que este derecho no puede considerarse “absoluto”, es decir prevaleciente ante cualquier circunstancia que produzca su aplicación, sino que por el contrario requiere analizarlo con mayor profundidad.

Para fundamentar aquello y dentro del estudio de la normativa ecuatoriana, el derecho a la vida se encuentra establecido dentro de los derechos de libertad en la Constitución de la República el mismo que en el Art. 66 numerales 1, 2 y 9 establece lo siguiente:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad y otros servicios sociales necesarios [...]
9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.”

Esta norma puede permitirnos dilucidar circunstancias muy claras en torno al derecho a la vida. Por un lado, al ser un derecho de libertad y privacidad frente al Estado, implica que el mismo no puede ser violado o transgredido en ninguna circunstancia. El numeral 1. de la disposición transcrita, hace énfasis en la prohibición de la pena de muerte, lo que infiere que la vida no se encuentra a disposición de otra persona, ni aún bajo la circunstancia de sancionar a personas que hayan cometido delitos graves; lo que implica en definitiva que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente por parte de otro individuo³¹⁴

Sin embargo, la norma no hace ninguna referencia a la prohibición de que la vida no pueda ser disponible de manera propia por su titular, es decir, no existe una prohibición del suicidio, e incluso de no lograr su objetivo, no existe norma que haga punible dicha tentativa, siendo por el contrario penalmente lícito, aquello por cuanto el

³¹⁴ Esta norma constitucional guarda concordancia con lo que establece el Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que determina: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

derecho penal se rige por la norma general excluyente³¹⁵ Entonces, el carácter absoluto del derecho a la vida, no lo es tal, cuando es la propia persona que decide sobre ella.

Aquello se evidencia con la máxima del derecho público “*todo lo que no esté prohibido, está permitido*”, claro está, siempre que no haya participación de terceros, lo que nos lleva a establecer que el derecho a la vida es un derecho autónomo³¹⁶.

Al respecto resulta muy acertado lo manifestado por Pilar Molero³¹⁷, quien establece que, si bien el presupuesto necesario para ejercer cualquier derecho es la vida, aquello no implica que este derecho sea un derecho superior, el cual deberá prevalecer frente a ciertos derechos o valores, por ende, el derecho a la vida al suscitarse en un caso concreto deberá ser ponderado y analizado en las mismas circunstancias interpretativas frente a otros derechos³¹⁸

La implicancia de lo antes manifestado llevaría a concluir que hablar de un derecho inalienable, irrenunciable e imprescriptible, pierde su verdadera significación en el matiz de afectación, cuando el fin e intención última de causar una muerte es propendido por el propio sujeto de derecho.³¹⁹

Así también, para desvanecer el posible carácter de absoluto de este derecho, encontramos en la legislación circunstancias que permiten establecer que un acto, al no lesionar un bien jurídico protegido, resulta en una conducta antijurídica³²⁰, así existen los casos del estado de necesidad³²¹ y legítima defensa³²² de los cuales y si bien existe la

³¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*. (México, Universidad Autónoma de México, 1979), 125 y 126.

³¹⁶ Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*. (Tercera Edición, España, 2008), 221.

³¹⁷ Ma. Del Pilar Molero, *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Madrid, (Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2014), 81 y 82.

³¹⁸ El Art. 11.6 de la Constitución establece claramente que: “*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”. Lo que implica claramente dotar de un mismo peso a todos los derechos sin importar su caracterización.

³¹⁹ Ma. Del Pilar Molero, *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Madrid, (Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2014), 82.

³²⁰ Las causas de exclusión de antijuridicidad la tenemos establecida en el Art. 30 del Código orgánico Integral Penal: Causas de exclusión de la antijuridicidad. No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

³²¹ El Art. 32 del Código Orgánico Integral Penal prescribe: Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

³²² Art. 33 del Código Orgánico Integral Penal: Legítima defensa. - Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los

posibilidad de que, en un acto se haya causado la muerte de otra persona, no quita que antes estas dos excepciones, el sujeto procesado después de seguir un debido proceso penal, pueda obtener su libertad amparado en las circunstancias antes descritas.

Entonces la vida, al ser un derecho de libertad es un derecho en primer término subjetivo, y si bien el Estado podría interpretar que la vida es un bien jurídico que debe ser protegido a toda costa, dicho bien debe dejar de ser considerado como tal, cuando su titular ya no lo valora en ese sentido³²³ y tal como lo ha dicho Carlos Gaviria Díaz, si la vida está consagrada como un derecho, y no como un deber, su titular puede legítimamente seguir viviendo o disponer que cese su curso vital.

Si no está en capacidad de ponerle término él mismo, es lícito solicitar ayuda a un sujeto libre, quien podrá acceder al ruego o rehusarse a hacerlo. Y si elige lo primero, no puede ser penalizado porque no ha atentado contra el derecho de nadie. No existe base alguna para justificar la antijuricidad de su conducta.³²⁴

Por otro lado, en la misma línea trazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tal como lo señala la propia Constitución de la República, el derecho a la vida implica, no solo el cuidado de la vida ante el riesgo de que la misma sea vulnerada en un hecho concreto, sino que la vida en sí misma, se configura como un derecho objetivo en el cual el estado tiene que buscar mecanismos para que cumpla con el estándar de ser “digna”³²⁵

En estos términos la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido:

Como se desprende de la lectura de la disposición constitucional precedente³²⁶, la vida digna constituye un complejo de elementos necesarios para la subsistencia del ser humano; imperativos para lograr una existencia decorosa. Adicionalmente, hace plausible el principio de interdependencia de los derechos constitucionales al postular que los derechos del buen vivir son presupuestos para el libre ejercicio de la vida, derecho tradicionalmente considerado como el prototipo del derecho de libertad por excelencia. Así, no basta con asumir una "interpretación reducida" según la cual el Estado se limite a impedir los atentados contra la vida de las personas y a castigar a los

siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

³²³ Carlos Gaviria Díaz, *La Eutanasia Fundamentos Ético-Jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso – consentimiento*, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70111351019>

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, Art. 66 numeral 2.

³²⁶ Referida al Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador..

responsables en caso de que ya hayan sido cometidos. El contenido del derecho además requiere el despliegue de un conjunto de actividades en todos los niveles, a fin de no admitir que, a costa de conservar la vida, los pueblos y los individuos se vean obligados a empeñar el reconocimiento de su calidad de personas humanas.³²⁷(lo subrayado me pertenece)

Este análisis realizado por la Corte Constitucional evidencia más aún la circunstancia de que el derecho a la vida no implica una protección de la vida porque sí. Al contrario, de lo manifestado por la Corte Constitucional, en especial las dos últimas líneas transcritas, nos permite inferir que pueden existir circunstancias en la cuales el hecho de conservar la vida, implique lesionar la dignidad de las personas.

En definitiva, la Constitución y la interpretación de la Corte Constitucional no solo otorga a la vida un valor subjetivo, sino que se obliga a garantizar estándares para la efectivización de una vida, que pueda ser vivida en mínimos de estabilidad, sostenibilidad y que sea el reflejo de coadyuvar a crear parámetros que nos otorguen cierto grado de igualdad.

Conforme se ha transcrito, el Art. 66 numeral dos de la Constitución en el cual se puede claramente dilucidar que el Estado ahora debe propender en la mayor medida posible a garantizar los derechos de salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad y otros servicios sociales necesarios, en pro de evidenciar una verdadera vida digna.

7. El sumak kawsay, la visión integradora de la vida digna.

La significación que se ha otorgado a la vida y su contenido de dignidad requiere que sea entrelazado con el concepto del buen vivir o sumak kawsay, a fin de revelar la función integradora que cumple la Constitución ecuatoriana, y descubrir como la vida y la muerte digna, se inmiscuyen dentro de un concepto ampliado que evoca y trasciende un espacio de protección para con todos los espacios de la persona y de la sociedad.

La perspectiva y la cosmovisión indígena de la que se enriquece el marco constitucional ecuatoriano y que refleja su interculturalidad, no hace sino evidenciar el

³²⁷ Ecuador Corte Constitucional. Sentencia N.º 006-15-SCN-CC, en Caso No. ° 0005-13-CN, 27 de mayo de 2015.

propósito democrático y social que pretende ser compelidos por todos los ciudadanos. En este marco se ha desarrollado el buen vivir o *sumak kawsay*, el mismo requiere una breve significación.

La inserción del concepto de buen vivir o *sumak kawsay* es normado en el Ecuador a partir de la Constitución del año 2008, sin embargo, el concepto del “*Sumak Kawsay*” ha estado presente en la construcción identitaria de los pueblos indígenas como parte de un conjunto de conocimientos, que manifiestan la estrecha relación de todos los elementos presente en su territorio, sus seres tangibles e intangibles, y el ser humano.

En la propuesta del pueblo Sarayaku³²⁸, solo se puede construir el *Sumak Kawsay* sintiendo en el corazón y en el alma, entendiendo el lenguaje de la naturaleza, interpretar lo que mira y lo que se siente como memoria de la naturaleza. Para este pueblo todo lo que forma el *Kawsak Sacha* (selva viviente) está entrelazado:

La vida misma de los Yachak, de nuestros antepasados y de nosotros está inmiscuida en las lagunas, en los árboles, en las montañas, quienes se conectan para dar la fuerza y la energía de vida mediante la transmisión del Muskuy (mensajes, sueño). Estas estructuras son cada uno de los órganos del ser humano que laten en las entrañas del *Kawsak Sacha*. Si estas redes son destruidas, el alma muere al igual que la vida de todos los pueblos. (Propuesta del Pueblo Sarayacu, Río de Maíz).³²⁹

Como se puede apreciar, el *sumak kawsay*, supera la visión antropocéntrica que coloca al ser humano como centro de la existencia, separado de la naturaleza y, en tanto dotado de razón, con derecho a explotar y mercantilizar los “recursos” naturales. Constituye, sin duda, un paradigma alternativo al occidental dominante³³⁰. Entonces el “Buen Vivir” se lo entrevé cómo una alternativa al modelo económico imperante basado principalmente en la extracción y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, que ha causado graves impactos ambientales y sociales que a su vez, han

³²⁸ Propuesta del Pueblo Sarayacu (Río de Maíz), *Kawsak Sacha-Selva Viviente*, en Defensoría Pública del Ecuador, Cuaderno para la interculturalidad No. 2, Ediecuatorial, Quito, p.47-49.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Carlos Mazabanda y Judith Salgado, “El buen vivir y su tutela jurídica en la jurisprudencia de la corte constitucional ecuatoriana”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador Serie Investigación No. 5, Quito, accedido el 01 de abril de 2020, <https://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/Buen+Vivir+y+la+Tutela+Jur%C3%ADdica.pdf/b5267960-932b-4b1a-90fe-2508f1b7ebc2>

centro

afectado en lo local, pero también en lo global, si nos referimos a las evidentes señales de cambio climático.³³¹

Algunos elementos clave para el buen vivir o *sumak kawsay* para Eguiluz Unai Villalba³³² son:

- *La Comunidad* es concebida como estructura y unidad de vida, constituida por toda forma de existencia y no solo como una estructura social conformada únicamente por humanos. Esto está vinculado a la acepción que todo contiene vida y que existe una relación equitativa de unos seres con otros.

- *La Pachamama o Madre Tierra*, que brinda la vida y donde se convive, no disociados. Está es una visión de un todo orgánico, viviente y espiritual, digno de respeto.

- *Democracia / Libertad-Representación*, que no pasa por la representación individual sino por el ejercicio de la autoridad dual-complementaria al servicio de todos los miembros de la comunidad.

- *Buen Vivir*, en solidaridad, en igualdad, en armonía, en complementariedad y reciprocidad, que está reñido con el lujo, la opulencia, el derroche, el consumismo, la competición y el “aprovecharse del vecino”.

- *Trabajo es felicidad*, ligado a la tierra, es algo creativo, recreativo, litúrgico y satisfactorio. Dignifica a quien lo realiza y es ofrecido solidariamente para el bien de un vecino, familiar o de la comunidad.

- *Espiritualidad*, que requiere reconstituir lo sagrado en equilibrio y lo espiritual en la cotidianidad. Se busca una armonía entre lo material y lo espiritual.

Es decir que el buen vivir no es reductible a un solo aspecto de la sociedad, por el contrario, representa una esfera que pretende crear una sociedad más equilibrada en su actuar. En este sentido, el art. 275 inciso 3 de la Constitución señala que: “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”³³³

³³¹ Ibid.

³³² Unai Villalba Eguiluz, *¿Buen vivir y/o desarrollo? Implicaciones para la cooperación al desarrollo con Ecuador*. Artículo. 2012.

³³³ Ecuador, Constitución Política de la República, Art. 275 inciso 3.

Así también, los artículos 3 numeral 5 y 277 de la Constitución, establecen las obligaciones del Estado para llevar a cabo el buen vivir:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.³³⁴

Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.

3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.

4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.

5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.

6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.³³⁵

Con esta perspectiva constitucional, Norman Wray establece: “El ‘Buen Vivir’ presupone que el ejercicio de los derechos, las libertades, capacidades, potencialidades y oportunidades reales de los individuos y colectivos se amplíen de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno –visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable.”³³⁶

Entonces entendido como es el buen vivir a nivel normativo, resulta efectivo el criterio emitido por Angelica Porras en el sentido de que, “el *sumak kawsay* se introduce en la Constitución como valor, como principio y como reglas constitucionales; aunque encontramos estas tres manifestaciones, su principal función en la Constitución es como valor y como principio; como valor, en cuanto justifica una serie de normas e instituciones constitucionales; y como principio, en la medida que de él derivan una serie de derechos fundamentales y garantías constitucionales”³³⁷

En el mismo sentido, Raúl Llasag sostiene que, la Constitución de Montecristi no adopta una sola línea con relación al *sumak kawsay* pues en el preámbulo lo considera

³³⁴ Ecuador, Constitución Política de la República, Art. 3 numeral 5.

³³⁵ Ecuador, Constitución Política de la República, Art. 277.

³³⁶ Norman Wray. Los retos del Régimen de Desarrollo. El Buen Vivir en la Constitución. En El Buen vivir. Una vía para el desarrollo. Abya Yala. 2009. Quito.

³³⁷ Angélica Porras Velasco, *Constitución, sumak kawsay y trabajo*, en Ramiro Ávila Santamaría (compilador), *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, p. 243-265.

un principio constitucional, en la parte dogmática lo incluye como una de las categorías de derechos y, en la parte orgánica aparece dentro del denominado régimen del buen vivir.³³⁸

Entonces el buen vivir, se estructura como un principio que indefectiblemente requiere una perspectiva amplia del Estado, siendo la dimensión de la vida la que se vincula con esta investigación.

De manera específica, si el buen vivir implica un proceso total de armonía social, cabe entonces aseverar que el principio de solidaridad se torna como una forma de afianzamiento de este buen vivir.

En términos del derecho a una vida digna y como tal una muerte digna, si una persona considera que en el ámbito de su vida y en la circunstancia de atravesar por una enfermedad terminal no le permite un pleno desenvolvimiento de esta vida y de una conclusión digna, pues el buen vivir como principio que abarca todos los derechos fundamentales, permite que se vincule a toda la sociedad a fin de que en circunstancias de solicitar una eutanasia o suicidio asistido, el mismo tenga una justificación en la solidaridad, en un objeto último para conseguir el bien de todas las personas y sobre todo el entendimiento de que esta decisión personal de afrontar la muerte afecta y sobre todo beneficia a quien la propende.

8. La muerte es parte de la vida.

Con la conceptualización y la amplitud del contenido del derecho a la vida que ha sido relatado, cabe preguntarse, ¿Por qué en casos de una enfermedad terminal, no puede el Estado garantizar una muerte digna para quién la solicita? ¿No es, la muerte parte de la vida digna? Para responder estas interrogantes, y llegar a establecer que la muerte es una parte fundamental de la vida, y que, de aquello, el morir con dignidad implica también vivir con dignidad, se tiene que atender a la significación de la muerte

³³⁸ Raúl Llasag, *El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales*, FORO Revista de Derecho No 12, (UASB-Ecuador/CEN, Quito 2009), 113-125.

como un proceso que no implica un solo momento en concreto, sino que tiene una complejidad más evidente³³⁹

En todas las discusiones éticas sobre la vida y la muerte existe un error base, y es el considerar que ambos fenómenos son discretos, perfectamente separables, claramente diferenciados. Sin embargo, es claro cómo la determinación del momento de la muerte reviste serias dificultades, así como la determinación clara del inicio de la vida³⁴⁰

Transcribiendo lo que establecen los autores José Ausín y Lorenzo Peña sobre la vida y la muerte se tiene:

La vida se inicia con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, ninguno de estos dos fenómenos se produce de un modo brusco. El nacimiento comporta unas fases de desarrollo previas en las que tienen lugar una o más divisiones celulares antes de separarse el nuevo organismo de los progenitores. La muerte por senectud se inicia con el predominio del catabolismo sobre el anabolismo y la atenuación de los sentidos y funciones orgánicas.

La muerte es el cese, sin posibilidad de recuperación, de la función del organismo, considerado como un todo. Pero este cese no consiste en un paro total e instantáneo de la vida, sino que más bien es un fenómeno que se desarrolla de forma lenta... Más aún, el cese de las funciones del organismo se desarrolla de forma gradual: Comienza en los centros vitales cardíacos o cerebrales y se va extendiendo de forma progresiva a los diversos órganos y tejidos. Estos últimos, en general, suelen sobrevivir durante un cierto periodo; la muerte de las células que los componen se produce debido a la falta de oxígeno (anoxia) que se origina cuando cesa la actividad del corazón. Las células nerviosas son las más sensibles, alterándose de forma irreversible a los pocos minutos, como también se afectan rápidamente las células del músculo cardíaco³⁴¹

³³⁹ José Ausín y Lorenzo Peña, *Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?*, (Anuario de Filosofía del Derecho, 1998), 13-30.

³⁴⁰ Los mismos autores, F. José Ausín & Lorenzo Peña nos indican que se ha consensuado un nuevo criterio para la determinación de la muerte: La muerte cerebral. Este criterio se aceptó sin mucha controversia, pero trajo consigo nuevos problemas: Los estados vegetativos persistentes y los bebés anencefálicos. En estos casos se mantienen las funciones del tronco encefálico (la respiración, el latido del corazón y los actos reflejos; es decir, las cosas que hacemos inconscientemente), pero no hay actividad en la parte superior del cerebro, incluida la corteza cerebral (no hay conciencia, no podemos ni ver, ni oír, ni sentir, ni experimentar placer o dolor, ni tener intenciones, objetivos o deseos). Por esto, se ha propuesto también que se vuelva a redefinir la muerte como la muerte de la parte superior del cerebro (muerte cortical). Pero esto resulta especialmente contraintuitivo cuando vemos que un cuerpo respira y late su corazón. En este tipo de reflexiones subyace la idea de que valoramos el cerebro por su relación con la conciencia y la personalidad, y no tanto por sus funciones integradoras o coordinadoras del cuerpo humano, en, F. José Ausín & Lorenzo Peña, *Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?*, (Anuario de Filosofía del Derecho, 1998) 13-30.

³⁴¹ F. José Ausín & Lorenzo Peña, *Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?*, (Anuario de Filosofía del Derecho, 1998) 13-30.

Estas definiciones comunes muestran aspectos que habitualmente se han pasado por alto, y es el de esclarecer que ambos fenómenos son un proceso; que no hay una línea clara de demarcación entre los dos; que vida y muerte no son casos de todo o nada; que hay una gradualidad entre ambos procesos.³⁴² Cabe en este caso y como ejemplificación para establecer de manera más precisa esta clara gradualidad, poner a colación el principio de bivalencia de Zenón, el cual es el siguiente:

Piénsese en un montón de arena. Quítese un grano. ¿Todavía es un montón? Sígase quitando granos y haciendo la pregunta anterior (bivalente). Se acabará sin granos y sin montón; el montón se habrá convertido en un no montón, pero no se podrá echar la culpa a ninguno de los granos: ¿Qué grano de arena convierte al montón en un no montón, convierte A en no A?³⁴³

Entonces, entendida como está la vida y la muerte, como procesos que no fácilmente pueden ser separados y diferenciados, es que radica la importancia de aquella en torno a la propia vida, pudiendo reinterpretar la eutanasia y el suicidio asistido no tanto como un acortamiento de *la vida*, sino más bien como un acortamiento de un *proceso de muerte*, una muerte que está ligada a la vida y que implica de tal modo un cuidado de la muerte.³⁴⁴

Por tanto, quien cuida su muerte tendrá una muerte digna y, la medida en que una persona practique el cuidado de la muerte será la medida en que uno tenga una muerte digna inscrita dentro de su vida. En este sentido, si la dignidad humana es un presupuesto básico y radical del hombre, entonces el cuidado de la muerte, y la eutanasia comprendida dentro de ella, también lo deben ser, ya que los dos están inscritos en la vida misma.³⁴⁵

9. ¿Existe un derecho constitucional a la muerte digna en el Ecuador?

Toda la argumentación que ha sido anotada y referida a poder repensar la vida como un derecho amplio, el cual implica una serie de procesos que se desenvuelven de

³⁴² Ibid., 13.

³⁴³ Zenón, Principio de Ambivalencia, Citado por F. José Ausín & Lorenzo Peña, *Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?*, (Anuario de Filosofía del Derecho, 1998)13-30.

³⁴⁴ F. José Ausín & Lorenzo Peña, *Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?*, (Anuario de Filosofía del Derecho, 1998) 13-30.

³⁴⁵ Rafael E. Aguilera Portales, Joaquín González Cruz, “Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia”

manera paulatina, nos lleva a inferir que el derecho a la muerte digna se encuentra inscrito dentro del derecho a la vida.

Y es esta afirmación, la que permite concluir que, en el Ecuador, existe un derecho constitucional a la muerte digna. Este derecho es uno de aquellos que pueden llamarse derechos implícitos, y que se encuentra amparado a los derechos que derivan de la dignidad humana y en consecuencia los referidos a la cláusula abierta, en el Art. 11 numeral 7 de la Constitución, debiendo recordar que si bien el máximo órgano de interpretación constitucional es la Corte Constitucional, aquello no resulta un impedimento para que dentro del marco jurídico actual, sea cualquier Juez Constitucional, quien concibiendo a los derechos como principal referencia de aplicación de justicia, infiera este derecho a partir de todos y cada uno de los elementos aportados en esta investigación.

Entonces, no se trata de reconocer un derecho nuevo, sino que, se tutela un derecho que deriva de la dignidad de la persona por ser tal, y que puede ser deducido, a través de una fundamentación iusfundamentalmente correcta mediante otros derechos que han sido mencionados, como la vida, la salud, la autonomía y la solidaridad.

Con razón, el autor Diego Valadés ha manifestado, que la dignidad humana, permea el Constitucionalismo con la intención de impedir atropellos y excesos por parte del Estado, y representa el límite infranqueable del respeto de la autonomía de cada individuo, por lo que manifiesta que *“la dignidad es una tendencia en expansión que debe incluir la capacidad de decidir sobre la muerte propia”*³⁴⁶.

³⁴⁶ Diego Valadés, *Derechos Humanos, aborto y eutanasia*. (Madrid, Dykinson, S.L. 2010), 157.

Conclusiones

Por todo lo manifestado, través de esta investigación se han llegado a las siguientes conclusiones:

1. La dignidad es el fundamento de los derechos humanos, es decir el punto de partida de los demás derechos constitucionalmente reconocidos, los cuales tienen una clara raíz moral y una connotación axiológica, la misma que otorga a todos los seres humanos un mismo estatus de condiciones. La normativización y aplicación práctica dentro del ámbito jurídico de la dignidad permite que pueda ser interpretada tanto como un valor, un principio, así como un derecho, con el objeto de poder en un caso concreto verificar de manera efectiva circunstancias que disminuyan esta dignidad. Por ello, ante cualquier acto a una persona que menoscabe esta dignidad, es obligación del Estado, y de los jueces el tutelar y reparar integralmente aquella situación que contribuya la pérdida de dignidad. La misma, es múltiples veces señalada en la Constitución, y que, a raíz de una interpretación sistemática, implica por supuesto, una valoración y enfoque de los derechos encaminando como fin último de su defensa.
2. Como sustento de la dignidad humana y su derivación, se configura la muerte digna, la misma que en esta investigación, partió por establecer los procedimientos que lo integran. Se determinó la forma de regulación de la limitación del esfuerzo terapéutico, rechazo al tratamiento y sedación paliativa, y como estos mecanismos permiten y garantizan la muerte digna en diferentes momentos en los que atraviesa una persona en enfermedad terminal. Sin embargo, también se pudo vislumbrar que estos procedimientos no enmarcan todas las situaciones factuales que garantizan la voluntad y dignidad de un paciente, siendo que aquellas otras, la eutanasia y suicidio asistido, son mecanismos que también integran la muerte digna, y que por lo mismo tienen, tanto argumentos a favor como en contra.
3. Los argumentos en contra de la eutanasia o suicidio asistido parten de un análisis respecto de la moralidad de la disposición de la vida por parte del ser

humano, así como de aspectos inherentes a la propia deontología del profesional de la salud. De igual manera, existen fundamentos que establecen la posibilidad de caer en una pendiente resbaladiza que implica la maximización y generalización de aplicación de la muerte digna dentro de ámbitos que no atienen a su real especificidad; mientras que también se argumenta la posible idealización de desconfianza hacia los profesionales de salud que realicen estas prácticas.

4. Relacionado al punto anterior, los argumentos a favor de la muerte digna defienden a la dignidad de cada persona con una correlación evidente con el valor intrínseco que se le dará a la vida; derecho que se ha estructurado más allá de una prescripción prohibitiva de no disponer de la vida de otra persona, así como un acto piadoso a favor de la persona que se encuentra en una circunstancia de sufrimiento implacable, que por supuesto, también es un factor determinante para esta decisión. La existencia de un excesivo paternalismo jurídico que ha sido propendido por los estados del mundo ha ocasionado que se genere en este sentido circunstancias que claramente evidencian la afectación de la dignidad de una persona en situación de enfermedad terminal, cuando no se le otorga los mecanismos efectivos para que puede elegir la forma y el momento en el que desea morir dignamente.
5. Los argumentos a favor y que propenden una regulación de la muerte digna, han servido de antecedente para su reconocimiento a nivel internacional. Como ha sido delimitado en esta investigación, varios estados del mundo han reconocido a la muerte digna, ya sea en forma de suicidio asistido o eutanasia, como el ejercicio de un derecho que se vincula íntimamente con la forma en la que debe cada ser humano considerar su vida, y como la vida requiere que sea estimada en todas sus fases y momentos. Muy relevantes son los criterios de la Corte Constitucional Colombiana, que infiere la existencia de este derecho a partir del derecho a la muerte digna y la inconstitucionalidad de una norma que proscribe el homicidio piadoso, analizando la correlación entre el deber del Estado de proteger la vida y su compatibilidad con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la

personalidad, de lo cual la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna.

6. En el caso de la regulación de la muerte digna en el Ecuador, se ha podido establecer que no existe una norma expresa que determine a la eutanasia o suicidio asistido como una conducta sancionada penalmente, empero las normas que tipifican el homicidio *simple* y homicidio culposo por mala práctica profesional podrían ser aplicables a las circunstancias factuales de estos dos actos analizados en esta investigación. A la fecha de este trabajo, no se ha encontrado ningún caso penal en el contexto jurídico ecuatoriano que permita dar un parámetro guía a este respecto. A pesar de aquello, también ha sido imprescindible analizar como dentro del ámbito penal y como garantía normativa de protección al derecho a la vida, vinculado con el derecho a la muerte digna, puede establecerse a través de una reforma legal la de la exención de responsabilidad penal en virtud de una eximente de estado de necesidad que justifica el empleo de medios de los regulados en el Art. 32 del Código Orgánico Integral Penal. Esto es, dándose la situación típica de homicidio u homicidio culposo por mala práctica profesional, se exime de responsabilidad penal a aquel que colabora activa o pasivamente en la muerte de un tercero, residiendo la justificación de su acción en la finalidad de evitarle un mal mayor al sujeto en cuestión.
7. De igual manera y como elemento esencial de la presente investigación, el análisis del Art. 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador, conocido como *cláusula abierta*, ha permitido determinar que el mismo forma parte del bloque de constitucionalidad, es decir pertenece a aquellos derechos innominados, los cuales tienen una misma preponderancia que los taxativamente descritos en el texto constitucional y que tienen un valor imprescindible como premisa para garantizar una efectiva tutela directa por parte de los jueces en el Ecuador. Al mismo tiempo esta cláusula, en su configuración interpretativa, se erige como un principio que tiene el propósito

definir en nuestro ordenamiento jurídico la relevancia de la dignidad como una fuente y proyección de derechos inherentes a la persona humana. Su prevalencia va a encontrarse supeditada a una interpelación respecto de los elementos del caso concreto y su vinculación con la dignidad humana. Es esencial encontrar esa vulneración a la dignidad en el caso concreto, ya que aquello permite construir a partir de una adscripción de un derecho fundamental, un derecho derivado de la dignidad humana implícitamente reconocido y por ende que puede ser tutelado.

8. Entonces, esta cláusula abierta sirve un propósito fundamental para lograr una adscripción normativa, ya que como pudo ser explicado en esta investigación, la existencia normas de derecho fundamental no escritas y que pueden ser plenamente inferidas a partir de un derecho fundamental escrito, hacen posible una interpretación que sea más acorde con la plena tutela de un derecho constitucional, en el presente caso la muerte digna. En términos de esta investigación, el derecho a la vida es el derecho expresamente establecido en la Constitución, mientras que el derecho a morir dignamente (referido a la eutanasia y suicidio asistido), se compone y se nutre del derecho a la vida y requiere de una fundamentación que evidencie como en un hecho concreto el menoscabo de la dignidad de una persona requiere una protección estatal y por ende una clara reparación.
9. En este mismo orden de ideas, la vida adquiere una dimensionalidad amplísima, que conlleva una actuación proactiva del estado en aras de crear mecanismos de defensa de la vida, así como también construir dispositivos que permitan que la misma se la goce en términos de vida digna. Por ende, la consideración de vida digna se relaciona íntimamente con el de la muerte digna, aquello por cuanto, la forma de morir también implica dignificar la vida con un valor propio de cada persona. No existe una forma clara y expresa de trazar una línea divisoria entre estos dos procesos, más cuando esta investigación ha permitido esclarecer que estas propiedades (vida y muerte) del ser humano se corresponden, se complementan. La vida implica

en si misma un proceso de muerte, que debe comprender formas de tutela efectiva.

10. Es así que, la vida como derecho constitucionalmente reconocida implica su protección en todos sus estadios, y uno de aquellos es el proceso de muerte, por ende y ante las circunstancias de una enfermedad terminal en la que el paciente requiere que su vida digna se fundamente en que se le brinde la muerte que él decida, lo contrario implica de manera incorregible, una clara vulneración al derecho a la vida y una clara vulneración a la dignidad de las personas.
11. El nuevo modelo constitucional al que se ha hecho referencia en esta investigación implica de manera clara que el derecho observa un carácter progresivo³⁴⁷ en cuanto al reconocimiento de los derechos, y que como tal y con la existencia de principios de aplicación directa, reclama imperantemente una argumentación como mayor instrumento legitimación de los jueces³⁴⁸ Lo que significa que los jueces gozan de todas las herramientas para poder dar aplicabilidad a estos principios, y de manera más evidente el tutelar un derecho que deriva de la dignidad de las personas, como lo es la muerte digna.
12. El buen vivir en la concepción integradora que propende la Constitución del Ecuador, hace referencia a una dimensión de vivir bien en todos sus ámbitos. Una de aquellas esferas es el de la vida y la salud, en la cual la cosmovisión indígena infiere que la vida también significa vivirla con dignidad, es decir vivirla solamente hasta que valga la pena ser vivida en termino de no producir un sufrimiento desmedido de una persona en estado de enfermedad.

Por lo que, en definitiva, se considera en esta investigación, que el derecho a la muerte digna, es un derecho fundamental, y que responde de manera clara a una

³⁴⁷ El Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República establece: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.”

³⁴⁸ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 133.

aplicabilidad de los principios que atienen a un Estado Constitucional de Derechos Justicia, y que se soporta en los principios de interpretación pro homine³⁴⁹, así como de manera concatenada los derechos de libertad, autonomía de la voluntad, y solidaridad, y que cobraría una verdadera explicitación en el marco jurídico teórico a través de una interpretación evolutiva de los derechos y que debe ser tutelada desde una doble dimensionalidad: por un lado a través de las garantías jurisdiccionales, en concreto la 1) Acción de protección, acción extraordinaria de protección, selección de casos por parte de la Corte Constitucional; y por otro lado: 2) A través del Estado con la creación de leyes, y mecanismos que permiten la verdadera efectivizarían práctica del mismo los cuales serán explicados a continuación y que se refiere a las propuestas a ser planteadas en el presente trabajo.

³⁴⁹ En materia de interpretación de derechos humanos, existen algunas reglas o pautas que deben ser observadas por el operador jurídico, el profesor Humberto Nogueira, destaca las siguientes: i) principio “pro homine”: determina privilegiar siempre la aplicación del instrumento o regla tendiente a favorecer los derechos de la persona, debiendo el operador remitirse a la norma e interpretación que mejor los proteja. ii) principio de retroalimentación recíproca: debe aplicarse aquella norma de fuente nacional o externa – válidamente incorporada al ordenamiento- que mejor proteja los derechos humanos. iii) principio de progresividad: según este criterio, atendido a que los derechos humanos se encuentran en un estado evolutivo constante, los preceptos que se refieran a cada derecho se amplían a partir de los tratados y convenciones que aludan a ellos. iv) principio de indivisibilidad: determina que todo derecho humano es parte de un sistema donde se relaciona de manera interdependiente con otros derechos fundamentales - civiles, políticos, económicos, sociales y culturales formando un sistema que debe ser preservado armónicamente. v) principio de auto ejecutividad: este criterio le reconoce aplicación directa a las normas sobre derechos humanos. vi) principio de interpretación teleológica: el operador jurídico debe interpretar las normas habida consideración de que el fin último y esencial de su aplicación debe orientarse a la mayor protección posible de los derechos humanos.

Recomendaciones

1. Considerando el derecho a la muerte digna como un derecho fundamental, el Juez constitucional en el Estado Ecuatoriano, tiene la obligación de deducir de un hecho vulneratorio de un derecho, una decisión que evidencie una verdadera reparación para la víctima que ha sufrido dicho menoscabo. Por lo que, ante el conocimiento de dicha autoridad respecto de una solicitud a que se aplique los métodos inherentes al derecho a la muerte digna, el juzgador goza de todas las herramientas normativas, constitucionales y legales, para poder inferir este derecho y emitir una decisión que repare integralmente el mismo, y en principio en el caso concreto disponga una tutela efectiva para con la víctima.
2. Así también, la Corte Constitucional del Ecuador, tiene las facultades normativas que han sido explicadas en este trabajo, para dar contenido a este derecho, así como también general decisión de carácter generales a fin de que el derecho a la muerte digna tenga una primera forma de incursión y reconocimiento en toda la colectividad.
3. Resulta imprescindible que se deroguen todas las normas que proscriban cualquier tipo de sanción, penal, civil o administrativa, que se refieran a la prohibición y condena a la práctica del derecho a la muerte digna debiendo declararse dichas normas inconstitucionales.
4. De manera concomitante, la Asamblea Nacional, debe regular normativamente y a través de una Ley, los mecanismos, requisitos y procedimientos con el fin de que este derecho pueda llevarse a su efectiva aplicación, la misma que deberá regular tanto la Eutanasia, así como el Suicidio Asistido, los cuales deben referirse a peticiones que sean claras, específicas, verificables, e inequívocas, por parte de un enfermo incurable que sufra graves afectaciones físicas/psicológicas que vayan en detrimentos de su calidad de vida, es decir aquellos casos que la Sociedad Española de Cuidados Paliativos y la European Association for Palliative Care los han referido.³⁵⁰

³⁵⁰ 1) Presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; 2) Falta de posibilidades razonables de respuestas a un tratamiento específico; 3) Presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales o cambiantes; 4) Gran impacto emocional del paciente, familia y

5. En este procedimiento legal, debe existir una verdadera acción voluntaria del paciente para tomar la decisión de que se le aplique uno de los métodos de la muerte digna. Aquello implica que, el paciente realice una petición por escrito, o mediante medio inequívocos. Existiendo la posibilidad de que se pueda realizar un documento de voluntad anticipada. Todo aquello implica que el paciente previo a tomar una decisión definitiva reciba pruebas psicológicas que permiten evidenciar que el enfermo tiene plena capacidad intelectual para decidir, y que la realiza de manera libre sin presión externa de ningún tipo. Si no hay voluntad, informada, el resto es homicidio.
6. Esta ley deberá exonerar a los médicos involucrados en el procedimiento, de cualquier responsabilidad penal y de otra índole, debiendo de igual manera conceder la posibilidad a todo médico o personal de salud, a negarse a practicar este procedimiento si tuviese objeción de conciencia, siempre y cuando este no implique un daño al propio paciente.
7. Se justifica también la creación normativa dentro del Código Orgánico General de Procesos de una cláusula de excepción de antijuridicidad expresa, referida al estado de necesidad en el que incurriría el profesional de la salud, cuando a través de la petición de un paciente en estado de enfermedad terminal, el médico proceda a brindar la muerte al paciente, o facilitar todos los medios para que esa persona termine con su vida de la manera que dignamente ha requerido.
8. Los poderes públicos deberán tener como objeto, propiciar la implementación de políticas en apoyo del personal de salud que atiende a enfermos terminales.
9. La implantación de un programa de concientización a toda la ciudadanía respecto del derecho que tienen a tomar decisiones voluntarias respecto al derecho a la muerte digna, y el derecho de emitir un documento de voluntad anticipada, si lo consideran así pertinente.

Esta investigación ha permitido dilucidar, en un inicio y a breves rasgos el origen y conceptualización de la dignidad humana, tratando de entender la significación de como esta idea tan remota, ha sido la raíz de todo el engranaje de derechos que conocemos hoy

equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita, o no, de la muerte; y 5) Pronóstico de vida menor a seis meses, *en* Sociedad Española de Cuidados Paliativos, “*Guía de Cuidados Paliativos*”, <http://www.secpal.com/%5C%5CDocumentos%5CPaginas%5Cguiacp.pdf>

en día. La dignidad humana siempre tuvo una premisa filosófica que vertía en la perspectiva de sus pensadores en la idea de dar una significación al ser humano en esta realidad que vivimos, con el propósito de evidenciar elementos universales para todos los seres humanos.

De esta forma, se ha podido establecer como la dignidad ha sido la base primigenia para el reconocimiento de los derechos, cuyo fundamento durante los periodos más devastadores de la historia ha servido para que las personas busquen un estatus de igualdad, y sobre todo, institucionalidad que se aplique a todos de manera equitativa.

La dignidad ha sido, por tanto, la lupa sobre la cual deberán erigirse nuevos derechos que tengan como base la protección del ser humano como ente autónomo y libre de tomar decisiones que afecten a su devenir diario.

De igual manera, en este trabajo, se formuló una defensa a la muerte digna, fundada en justificaciones prácticas y que se aplican a todos los ciudadanos desentrañando sus conceptos, y analizando las diversas formas de su reconocimiento a nivel internacional.

Esto ha conllevado a establecer antecedentes para que este derecho pueda ser dilucidado en el país, en base de normas constitucionales propias y herramientas argumentativas plenamente válidas, lo cual evidencia una clara tendencia hacia el reconocimiento y tutela de derechos que se “creían” que no formaban parte de cada ciudadano.

Bibliografía

- Aguilera Portales, Rafael E Joaquín González Cruz, “Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia”, Derecho PUCP, 2012
- Alarcón, Silvia Doris, “La Eutanasia Aspectos Doctrinarios Aspectos Legales”, Centro de Estudios Bioéticos, <http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf>
- Alemaný García, Macario, “El concepto y la justificación del paternalismo”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 28, 2005, <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.17>.
- Alexy, Robert, “El derecho general de libertad”. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- , “Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003.
- Amador Rivera, Gonzalo, Suicidio Consideraciones Históricas, en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582015000200012
- Aristóteles, Acerca del Alma trad., Calvo Martínez, T., Gredos, Madrid, 1994
- , Ética Nicomáquea, trad. Pallí Bonet, J., Gredos, Madrid, 1995
- , Política, trad. M. García Valdés, Gredos, Madrid, 1999.
- Ausín, F. José y Lorenzo Peña, Derecho a la Vida Eutanasia: ¿Acortar La Vida O Acortar La Muerte?, Anuario de Filosofía del Derecho, 1998. Asociación derecho a morir dignamente, “Eutanasia y suicidio asistido en el mundo”, Asociación derecho a morir dignamente, accedido el 15 de abril de 2017, http://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html
- Atienza, Manuel, “Dworkin, La Eutanasia y la idea de Derecho”, 2013, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2013/11/dworkin-la-eutanasia-y-laidea-de.html>

- , “Hay Argumentos Plausibles contra la Eutanasia?”, en <https://derechoamorir.org/2019/01/17/argumentos-plausibles-contr-a-eutanasia/>
- , “Discutamos sobre paternalismo”, Doxa 5, Madrid 1988.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10875/1/Doxa5_11.pdf
- , “Principios y Reglas”, Doxa, accedido el 01 de abril de 2020, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf
- , “Tras la justicia”. España. Ariel Derecho, 2003
- Ávila Santamaría, Ramiro, La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ecuador.
- , “Los derechos y sus Garantías, Ensayos Críticos”, Corte Constitucional de Ecuador, Quito-Ecuador, 2008.
- Avilés, Miguel Ramiro, "A vueltas con el paternalismo jurídico", Universidad Carlos III de Madrid, 2006, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7044/DyL-2006-15-Ramiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Beuchamp, Tom y James Childress, Principios de Ética Médica, Masson, Barcelona, 2002.
- Benito González, Úrsula, Eutanasia y sedación paliativa en pacientes terminales, (3Ciencias, 2017), en https://play.google.com/books/reader?id=KvNADwAAQBAJ&hl=es_419&pg=GBS.PA20.
- Bidart Campos, José Germán, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- , “Teoría General de los Derechos Humanos”, UNAM, México, 1989.
- Bokenforde, Ernst Wolfgang, Escritos Sobre derechos Fundamentales, trad de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- Botul, Jean Baptiste., La vie sexuelle d’Emmanuel Kant, Ed. Mille et Une Nuits, trad. Pagès, F., n° 251, París, 2000.
- Brock, Dan “Medidas de la calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica”, en Martha Nussbaum y Amartya Sen, Comp. (trad. Roberto Reyes Mazzoni), La calidad de vida, Fondo de Cultura Económica, México, 1996

- Caicedo Tapia, Danilo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, Foro: Revista de Derecho, No. 12.
- Campos Barrantes, Eliam, “Apuntes sobre la antropología kantiana”, Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, XL, (100), 2002.
- Carbonell, Miguel, “Los derechos fundamentales en México”. Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa México y Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2009.
- Carnelutti, Francesco, Lecciones sobre el proceso penal, Ediciones Jurídicas Olejnik, Chile, 2019.
- Castán, María Luisa Marín, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”. Revista de Bioética y Derecho, 2007, 8.
- Cenedesi Bom Costa Rodrigues, Renata, “El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, enero de 2005, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19191>.
- Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitaria, Ética y Muerte Digna, Andalucía, Junta de Andalucía. Consejería de Salud, 2008.
- Derqui, Diego Poole, “Bioética y derecho”, en Emilio Suñé Linas (Coord.), Prácticas de teoría y filosofía del derecho, Universidad Complutense de Madrid y CRC, Madrid, 1998.
- Díez-Picazo, Luis, “Sistema de Derechos Fundamentales”, 2da edición, Navarra, Thomson/Civitas, 2005.
- Dworkin, Ronald, “¿Qué es lo sagrado?” en El dominio de la vida una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, trad. Caraccionlo R., y Ferreres, V, (Ariel, Barcelona, 1998)
- , “El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”, Ariel, Barcelona, 1994.
- Dying with dignity Canada, “Challenges to choice- Bill C-14 one year later”, accedido 30 de marzo de 2020. <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/10/2017-balance-ley-c14-castellano.pdf>.
- Elizari, Francisco Javier, El argumento de la «pendiente resbaladiza, o.c., pp. 482-484, citado por Javier Vega Gutiérrez, “La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia.

Una Valoración Moral”, (Tesis de Doctorado, Universidad Pontificia de la Santa Cruz), 2005

García Morente, Manuel, “Prólogo”, en KANT I., Fundamentación de la metafísica de las costumbres, trad., García Morente, M, Ed. Encuentro, “opúscula philosophica”, nº 18, Madrid, 2003.

Gaviria Díaz, Carlos, La Eutanasia Fundamentos Ético-Jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso – consentido, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70111351019>

Garzón Valdés, Ernesto “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, Doxa, núm. 5, 1988.

Gil Domínguez, Andrés, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001

González, Joaquín, “Manual de la Constitución Argentina”, párrafo 92, Edición Estrada, Buenos Aires, 1951.

Grijalva, Agustín “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional” en La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.

Gross Espiell, Héctor, “los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos”, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976069>.

Guastini, Riccardo, Derechos implícitos, (Universidad de Génova - Italia), Traducción Alí Lozada, <https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>

------. “Derechos Implícitos”, en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/Guastini%20derechos%20implicitos.pdf>

Haberle, Peter, “El concepto de los Derechos Constitucionales”, Problemas actuales de los derechos fundamentales, Madrid, ed. De José María Sauca, 1993, pp. 94

- Habermas, Jürgen, El Concepto de Dignidad Humana y la Utopía Realista de los derechos humanos, LV Diaonia, 2010, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001.
- Hamilton, Alexander, “El Federalista”, LXXXIV, edición Fondo de Cultura Económica, México, 1943.
- Heidegger, Martin, Qu’est ce que la philosophie?, [Conférence prononcée à Cerisy-la-Salle, en août 1955], trad. Axelos, K y Beaufret, J., Gallimard, “nrf”, (París 1957)
- Hierro, Liborio, ¿Qué derechos se tiene?”, Doxa, n° 23, 2000.
- Höffe, O., “Introduction à la philosophie pratique de Kant”, Castella, Albeuve, (Suiza), 1985.
- Júdez Gutiérrez, Francisco Javier, “Cuando se desea morir antes que seguir viviendo”, en Lydia Feito Grande (Ed.), Estudios de bioética, Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, 1997.
- Kant, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las Costumbres, trad., García Morente, M, Ed. Encuentro, “opúscula filosófica”, n° 18, Madrid, 2003,
- Kass, León, Toward a More Natural Science, New York, Free Press, 1985.
- Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado. México, Universidad Autónoma de México, 1979.
- Kuhse, Helga, “La Eutanasia” en Michael Tooley, “In Defense of Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide”, Andrew Cohen y Christopher Heath Wellman, 2005.
- León Bastos, Carolina, y Víctor Alejandro Wong Meraz. “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época 18, n.º 2, 20 de septiembre de 2016, https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2015.v18.n2.51784.
- Linde, Pablo, "Eutanasia: La muerte asistida es legal en ocho países, El País, 19 de febrero de 2020, https://elpais.com/sociedad/2020/02/19/actualidad/1582115262_135029.html.

- Lorda, Simón Pablo, *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*, Granada, 2007, <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>.
- Llano, Alejandro, “El kantismo es un humanismo”, según Fenómeno y trascendencia en Kant, Eunesa, Pamplona, 1973.
- Llasag, Raúl, *El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales*, FORO Revista de Derecho No 12, (UASB-Ecuador/CEN, Quito 2009)
- Mazabanda Carlos y Judith Salgado, “El buen vivir y su tutela jurídica en la jurisprudencia de la corte constitucional ecuatoriana”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador Serie Investigación No. 5, Quito, accedido el 01 de abril de 2020, <https://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/Buen+Vivir+y+la+Tutela+Jur%C3%ADdica.pdf/b5267960-932b-4b1a-90fe-2508f1b7ebc2>
- Molero, Ma. Del Pilar, “La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2014.
- Montecinos, Alejandro Miranda, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 3, 2008.
- Montaña Pinto, Juan, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 2. Eds. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Nehamas, Alexander, *Virtues of Authenticity*, Princeton University Press, (Princeton, 1999).
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derecho Humanos- Un ensayo de Fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.
- Norman-Eady, Sandra Chief Attorney, “Oregón's assisted suicide law”, en <https://www.cga.ct.gov/2002/rpt/2002-R-0077.htm>
- Nussbaum, Martha, “Crear capacidades”, Planeta de Libros, Paidós, Barcelona, 2012.
- Oyarte Martínez, Rafael *Curso de Derecho Constitucional*, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007,
- Osuna Patiño, Néstor Iván *Apuntes sobre el concepto de derecho fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, *Temas de derecho Público*, núm. 37, 1996.

- Parreiras Reis de Castro, Mariana y otros, “Eutanasia y suicidio asistido en países occidentales: una revisión sistemática”, en http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf
- Peces-Barba Martínez, Gregorio La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, (Dykinson, Madrid, 2003)
- Pelé, Antonio, “Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana”, Tesis de Doctorado, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2006,
- Pesantez, Washington Eutanasia: “Aspectos Éticos-Médicos y Jurídicos. La Bioética y los Conflictos en los Confines de la Vida”. Vaca, Ricardo (pról.). Quito: Publicaciones PUCE. ISBN 978-9978-77-155-6, (2009).
- Peczenik, Aleksander, “Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/los-principios-juridicos-segn-manuel-atiensa-y-juan-ruiz-manero-0/>
- Platón, La República, trad, Eggers Lan, C, (Editorial Gredos, Madrid, 1988)
- Protágoras en Diálogos (I), trad. Calonge Ruiz, J., Lledó, E., y García Gual, C, (Madrid, 1985).
- Prensa, Aci “Más del 1% de muertes en Canadá fueron causadas por la eutanasia”, Aci Prensa, 30 de abril de 2019, <https://www.aciprensa.com/noticias/mas-del-1-de-muertes-en-canada-fueron-causadas-por-la-eutanasia-91890>.
- Press, Europa. “Victoria se convierte en el primer estado australiano en legalizar la muerte asistida”, Europa Press, 29 de noviembre de 2017, <https://www.europa.press.es/internacional/noticia-victoria-convierte-primer-estado-australiano-legalizar-muerte-asistida-20171129060833.html>.
- Prieto Sanchís, Luis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Lima, Perú – 2007.
- Porras Velasco, Angélica, Constitución, sumak kawsay y trabajo, en Ramiro Ávila Santamaría (compilador), Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, Quito, 2013.
- Rawls, Jhon, Teoría de la Justicia, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

- Remotti, José Carlos. La Corte Interamericana de Derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Instituto Europeo de Derechos humanos. Barcelona. España. 2003.
- Rey Martínez, Fernando, “Eutanasia y Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Rolla, Giancarlo, "El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas", Anuario de Justicia, Madrid España, 2002.
- Sanchís, Luis Prieto, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Sarayacu, Pueblo (Río de Maíz), Kawsak Sacha-Selva Viviente, en Defensoría Pública del Ecuador, Cuaderno para la interculturalidad No. 2, Ediecuatorial, Quito.
- Séneca, “Carta CVIII”, en Cartas Morales a Lucilio, trad., Bofill & Ferro, J., Planeta, “Clásicos Universales”, Barcelona, 1989.
- Sgreccia, Elio “Manual de Bioética”. Mexico. Editorial Diana, 1996.
- Silber, John, “Procedural Formalism in Kant’s Ethics”, Review of Metaphysics, nº 28, The Catholic University of America, Washington, 1974,
- Singer, Peter, “Ética Práctica”. 2º ed. Cambridge: Organización Editorial de la Universidad de Cambridge, 1995.
- Stern, Klaus, “El Sistema de derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Storini, Claudia, Las garantías constitucionales de los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008, en “La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones”. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Ed.) Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, Ecuador, 2009.
- Suárez Llanos, Leonor. “La ley de la muerte: eutanasia, éticas y derechos”. Anuario de filosofía del derecho, 2012, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985265>
- Tunermann, Carlos, Los Derechos Humanos: Evolución Histórica y Reto Educativo, UNESCO Caracas, 1997.

- Uprimny, Rodrigo, El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, (Bogotá: Universidad Nacional-ENS Colombia, 2005)
- Valadés, Diego, “Derechos Humanos, aborto y eutanasia”. Madrid, Dykinson, S.L. 2010.
- Vargas Diana, Código de Ética: Academia Mexicana de Cirugía; 2010.
- Vélez Correa, Luis Alfonso “Ética Médica – Interrogantes de la medicina, la vida y la muerte”, Colombia, Corporación para Investigaciones Biológicas, 2003.
- Viciano Pastor, Roberto, Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el Nuevo Paradigma Constitucional, México, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010
- Viciano, Roberto y Rubén Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Política, justicia y Constitución. Ed. Luis Fernando Ávila Linzán, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, Quito, 2011.
- Wray, Norman. “Los retos del Régimen de Desarrollo. El Buen Vivir en la Constitución”. En El Buen vivir. Una vía para el desarrollo. Abda Yala. 2009. Quito.
- Zagrebelsky, Gustavo El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.
- Zambrano Álvarez, Diego “Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional”, en Apuntes de Derechos Procesal Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011.

Fuente normativa consultada.

- Argentina, Ley de la Muerte Digna No. 26.742, 2012.
- Alemania, Ley Fundamental de Bonn, 1949.
- Corte IDH, Sentencia de 2 de agosto de 2008. Serie C. No. 181, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú, de 02 de Agosto de 2008, (Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf

- Corte IDH, voto disidente a la Sentencia de 21 de enero de 1994. Caso Gandaram Panday vs Surinam, Jueces Sonia Picado Sotela, Asdrúbal Aguiar-Aranguren y Antonio Cançado Trindade, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf.
- Comité de Derechos Humanos de la ONU, General Comment 6, (A/37/40).
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008 Ecuador.
- Ecuador, Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial número 180, de 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Ley Orgánica de Salud, Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.
- Ecuador, Ministerio de Salud Pública, Documento de socialización del modelo de gestión de aplicación del consentimiento informado, Acuerdo Ministerial 5316, Registro Oficial 510, 22 de febrero de 2016, https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2014/11/MSP_Consentimiento-Informado_-AM-5316.pdf
- Ecuador, Ministerio de Salud Pública del. Guía de Práctica Clínica (Adopción de GPC sobre cuidados paliativos en el SNS Ministerio de Salud y Consumo, Gobierno Español), Ministerio de Salud, Ecuador, 2014.
- Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia N.º 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010.
- Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia, No. 001-14-PJO-CC, 23 de abril de 2014.
- , Corte Constitucional. Sentencia N.º 006-15-SCN-CC, en caso No. ° 0005-13-CN, 27 de mayo de 2015.
- , Corte Constitucional para el Período de Transición, “Acción de incumplimiento de sentencia”. No. 0001- 09-SIS-CC, Caso No. 0003-08-IS, 19 de mayo de 2009.
- , Corte Constitucional, Sentencia N. 001-10-SIN-CC, en caso No. 0008-09-IN, 20 de enero de 2009.
- , Corte Constitucional, Sentencia N. 011-18-CN/19, en caso No. 11-18-CN, 12

de junio de 2019.

España, Constitución de la República de España, 1931.

Italia, Constitución de la República de Italia, 1948.

Portugal, Constitución de la República Portuguesa, 1976.

Sentencia Carter vs Canadá No 2015 CSC 5, Corte Suprema de Canadá.

Sentencia C-237/1997, Corte Constitucional de Colombia.