

¿QUÉ HACER CUANDO LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE UN HIJO MENOR DE EDAD ENTRAN EN COLISIÓN? ¿LAS ELUCUBRACIONES JURÍDICAS PODRÁN SUPERAR ESTÁ AMARGA REALIDAD?

I. INTRODUCCIÓN.

“...Todas las fotos demuestran mucho cariño, contención familiar (...) cada foto demuestran mucho cariño (...) ella relata “Dios nos ha regalado un ser maravilloso, he aprendido a tener con (...) un lenguaje especial, nadie me lo ha enseñado, él me guía. Todos los días nos deja algo, el día que se vaya podrá estar más libre, pero lo hemos dado todo, se va a ir con todos los ángeles para jugar, me ha regalado todo...”.

Se trata de conmovedoras palabras de una madre que sufre al observar a su hijo postrado en la cama de un Hospital en Argentina asistido por soportes vitales a consecuencia de la enfermedad denominada “mucopolisacaridosis”, colocándose un botón gástrico para mantener su nutrición e hidratación, dada la dificultad de poder ingerirlas.

Y que en ocasión de padecer una crisis respiratoria en el contexto de la enfermedad terminal que padece, los padres solicitan que no ingrese a la Sala de Terapia Intensiva de Niños porque consideran que recibirá tratamientos invasivos; dado que, tales medios se tornarían cruentos y desproporcionados que no son congruentes con una muerte digna.

Problemas como estos suceden a diario en los diversos hospitales y clínicas de la ciudad. Donde los médicos, en la mayoría de casos, harán denodados esfuerzos para salvar la vida del enfermo.

Pero que pasara cuando el génesis del problema tiene los siguientes factores o elementos: el diagnóstico de una enfermedad terminal (por ejemplo el cáncer que en los últimos años va en aumento, la mucopolisacaridosis); la búsqueda de la calidad de vida y el derecho

a una muerte digna; el uso de tratamientos paliativos o invasivos para batallar contra la enfermedad; la presunta colisión entre la dignidad y la prolongación de la vida de un menor de edad; el clamor de sus padres de que cese el tratamiento invasivo porque consideran que vulnera la dignidad; decisión que nos remonta a analizar a la familia desde la óptica de los derechos humanos. Sumado a que el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala "...Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de **la dignidad** intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de **la familia humana**,..” .

Para enfocar los factores o elementos antes señalados el enfoque del tema será desarrollado de la siguiente manera: *el Capítulo Primero*, como punto de partida será la historia de un caso emblemático, de una Jurisprudencia del Juzgado de Queuquén – Argentina donde la opción formulada por los médicos y los progenitores del niño que adolece una enfermedad denominada “mucopolisacaridosis” que pueda recibir cuidados paliativos y no invasivos, dado que frente a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que lo afecta, respecto de la cual no existía ninguna terapia curativa, sólo correspondía realizar las medidas necesarias a fin de que no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente.

En el Capítulo Segundo, para analizar aquella resolución se desarrolla el concepto de dignidad desde el punto de vista de la filosofía, su análisis tridimensional y su acogimiento en la Constitución Política del Estado Peruano y algunas Normas fundamentales de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Aspectos normativos que a modo de consideraciones previas para contar con mejores elementos de juicio para analizar la Jurisprudencia extranjera.

Un problema como el suscitado en el menor que sufre la enfermedad denominada “mucopolisacaridosis” y el instinto de protección generado en sus

progenitores como una reacción natural al ver a su hijo sufriendo proponen a los médicos tratantes una solución para aliviar su sufrimiento el uso únicamente de tratamientos paliativos y no invasivos. Omisión que podría generar la siguiente interrogante ¿puede existir un conflicto entre derechos fundamentales? ¿Qué se debe hacer en esos casos?. Por ello en el capítulo Tercero desarrollamos la tesis que avala la visión conflictivista de los derechos fundamentales cuando uno de estos se encuentra en pugna (desde un punto de vista doctrinario) y la posición singular que adoptan el Tribunal Constitucional Peruano y el Poder Judicial. Para ello, se tomará en cuenta casos análogos donde se encuentra una presunta disyuntiva entre el honor y la libertad de información (desde un punto de vista Jurisprudencial).

Y por último en el Cuarto capítulo se esboza cómo el ordenamiento jurídico peruano podrá solucionar cuándo la prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad se encuentran en pugna.

II. JUSTIFICACIÓN.-

La presente investigación jurídica se encuentra motivada, debido a que a través de los diversos medios de comunicación se entremezclan una serie de emociones (asombro, pavor, temor, etc.) ante el avance vertiginoso de la tecnología en los últimos dos años; sobre todo en la ciencia médica. Y donde sigue siendo necesario que el ordenamiento jurídico vele por todos los ciudadanos; limitando aquellos excesos que todo experimento, intervención quirúrgica, tratamientos médicos mediante la prolongación cualitativa o cuantitativa de la vida; aplicación de métodos paliativos o invasivos a “favor” del ser humano.

Más aún, como en el presente caso se advierte que una vez más podríamos encontrar una presunta colisión entre derechos humanos: La prolongación de la vida y la dignidad de un hijo menor de edad se encuentran en pugna y cabe preguntarse si ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga

realidad? ¿El derecho actualmente responderá a una adecuación de la realidad o la realidad frente al derecho? .

Por ello, nos proponemos a realizar está investigación jurídica que sabemos de antemano no se agotará en éste cometido; dado que, su esbozo y colofón merecen ser abordados con mayor profundidad. Aspecto que no limitará el rigor que toda investigación y publicación exige.

CAPITULO I

III. UN CASO EMBLEMÁTICO: EL PUNTO DE PARTIDA

El Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 02 Neuquén

1 Instancia – Neuquén, marzo de 2006 .- Considerando: Que a fojas 18/20 se presenta (...) en su carácter de Director General del Hospital Provincial (...) en virtud de la decisión de los padres de (...) respecto de que su hijo , en ocasión de padecer una crisis respiratoria en el contexto de la enfermedad que padece, no sea ingresado en la sala de terapia intensiva de niños a efectos de recibir tratamientos invasivos. Explica que (...) sufre una enfermedad crónica neurometabólica progresiva denominada mucopolisacaridosis, que no tiene tratamiento curativo. Refiere que el niño se encuentra bajo tratamiento y supervisión médica desde los tres años . En 18/10/2005, la madre de (...) llega auto derivada a Cuidados Paliativos. Desde entonces y hasta el presente, el equipo interdisciplinario realiza el control de síntomas y prevención de claudicación familiar. Manifiesta que actualmente el niño se encuentra postrado con una cuadriparesia y conecta muy poco con el medio. Apenas puede tragar agua, por lo que en fecha 19/12/2005 se le coloca un botón gástrico para mantener su nutrición e hidratación.

Refiere que el 5 de enero del año en curso, la (...) madre de (...), plantea al equipo de Cuidados Paliativos la necesidad de dejar por escrito la decisión de ella y del papá (...) respecto de que (...) no ingrese a la sala de terapia intensiva de niños ante una eventual crisis respiratoria, dado

el estadio avanzado de la enfermedad. Sostienen la negativa de que se prolongue la vida a través de medios artificiales como asistencia mecánica respiratoria, dado que tales medios se tornarían cruentos y desproporcionados, por cuanto, por las características de la enfermedad no podrían eventualmente, retirarse los soportes vitales y continuar (...) respirando por sí mismo. No obstante ello, los padres no rechazan cualquier tratamiento médico, sino tan sólo .aquellos que, invasivos, impliquen mantener a su hijo dependiente, mientras viva de un medio artificial de soporte vital que consideran cuento e inconducente respecto de una muerte digna.

Por último, expresa que la enfermedad de (...) mucopolisacaridosis, no tiene tratamiento curativo y sus padres lo acompañan y asisten durante la evolución de aquella, “ayudan” a (...) *ejercer su derecho a vivir con la mayor dignidad posible*. Desde ese lugar sostienen que es fundadamente probable que una vez colocados los soportes vitales, éstos no puedan ser posteriormente retirado (exubado). Decisión que comparte el equipo de Cuidados Paliativos

Funda en derecho y ofrece prueba instrumental, copia certificada de la historia clínica de (...) a fojas 21, de la petición se da intervención al Equipo Médico de Gabinete Interdisciplinario, Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente y se cita a los progenitores a ratificar el consentimiento expresado en la historia clínica.

A fojas 23/24, la Dra. Lidia Caunedo, médico forense, integrante del Gabinete interdisciplinario emite dictamen realizando una descripción técnica de *la enfermedad indicando que está marcada por síntomas neurológicos graves tales como demencia progresiva, comportamiento agresivo, hiperactividad, convulsiones sordera, pérdida de la visión e incapacidad para dormir por varias horas seguidas*. En la última etapa del síndrome, el mantenerse en pie se hace cada vez más difícil y la mayoría deja de caminar a la edad de 10 años. También la enfermedad se manifiesta en el espesamiento de la piel, cambios leves en las eventualmente estrechamiento de las vías respiratorias y garganta, agrandamiento de las amígdalas y adenoides que dificultan la ingesta de alimentos, siendo también frecuentes las infecciones respiratorias

recurrentes. Señala que la incidencia del Síndrome de San Filippo es 1 cada 70.000 nacimientos, no existiendo cura actualmente para este tipo de trastorno. La asistencia médica se orienta al tratamiento de las condiciones sistemáticas y a mejorar la calidad de vida de la persona. Pudiendo la terapia física y el ejercicio diario retrasar problemas comunes y mejorar la calidad de movimientos. Con relación al estado actual del paciente, según pudo observarse al realizar la visita al domicilio, el niño se encuentra acostado en su cama, por padecer cuadriparesia que le impide mantenerse de pie. No habla y se alimenta mediante un botón gástrico por el cual recibe alimentación y la medicación que se le suministra actualmente (...) *este accesorio impide que el paciente se deshidrate y se broncoaspire debido a su falta de coordinación entre deglutir y respirar.* Al momento de la visita se encuentra con atención domiciliaria y cuidados paliativos destinados a asegurar el bienestar del niño en la etapa final de la enfermedad. (...) a fojas 25 consta acta de audiencia en la cual la progenitora manifiesta que la intención de ella y de su marido es que (...) no sufra más. Dice conocer que su patología no tiene cura y que el respirador artificial *sólo va a prolongar su agonía (...)* aclarando que como padres nunca dejaron de sostenerlo y que desea que (...) que tenga vida pero que sea digna y que su muerte sea digna. Manifiesta su voluntad de que frente a una crisis respiratoria o cualquier otra interurrencia (...) no sea ingresado a terapia intensiva ni reciba asistencia respiratoria mecánica. A fojas 27/32, la defensora de los derechos del niño emite dictamen. En su escrito relata los antecedentes del caso.

Las defensoras señalan que la pretensión del hospital es solicitar al Juzgado de Familia la autorización para respetar la decisión anticipada de los progenitores (...) en el sentido de negarse al prolongamiento artificial de la vida de su hijo. Indica que los médicos están obligados a respetar la voluntad y que en el caso de ser incapaces deben requerir la conformidad de sus representantes. **Consideran que en el caso se hallan comprometidos los derechos fundamentales a la vida y dignidad**, entendiendo que debe aplicarse un criterio amplio y aceptarse la legitimación activa del profesional. **Expresan que el derecho a la**

dignidad es parte del derecho a la vida y que no puede dejar de meritarse que la aplicación de métodos invasivos obligarían al menor a permanecer aislado en una sala de terapia intensiva con escaso contacto con su familia. Que tal situación escenifica la desolación de una forma de morir, ya que la aplicación de los métodos invasivos no tiene en el caso ninguna posibilidad de mejorar la salud del niño pudiendo reportar en él mayor angustia como así también en su familia (...) dictaminan a favor de que se resuelva favorablemente la pretensión ejercida.

A fojas 36/ 37 obra acta de Reunión Extraordinaria del Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Castro Rendón. De su lectura se desprende “que habiendo tomado conocimiento y analizado el contenido de las actuaciones labradas, considerando además la información brindada por el grupo de profesionales de Cuidados Paliativos del Comité, expresa sintéticamente que resulta probable que el niño padezca que una intercurencia respiratoria que lo conduzca a una situación crítica que obligue a ingresarlo a salas de terapia intensiva y se le indiquen prácticas de soporte vital extraordinarias como la ARM, consideran que la justificación de cualquier tratamiento médico tiene justificación en los beneficios que debería producir su aplicación y que cuando no es razonable esperar tal beneficio pierde su justificación y no puede moralmente exigirse; en tales circunstancias coinciden con quienes sostienen que el objetivo terapéutico más adecuado sería el de los cuidados paliativos y desalientan la prolongación de la vida con técnicas de soporte vital extraordinarias. En consecuencia, consideran que existe justificación moral para considerar favorable el rechazo de los mencionados tratamientos al niño (...) agregan que una decisión en tal sentido **no importa privar al paciente de las medidas necesarias para atender a su confort psíquico, físico y espiritual, así como la posibilidad de su traslado al área de Cuidados Paliativos si fuera necesario, aliviando el sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente”**.

A fojas 39, el Dr. (...) médico tratante del niño informa someramente el estado actual del niño, refiere que actualmente el contacto de (...) es

solamente **visual y considera “que de ser necesario ingresar en terapia intensiva en ARM, no cambiaría la evolución natural de la enfermedad (...) se encuentra en estado terminal”.**

A fojas 42, luce acta de audiencias en la cual el Sr. (...) progenitor de (...) ratifica el consentimiento expresado ante el cuerpo médico tratante de su hijo. “Sostiene su voluntad de que frente a una crisis respiratoria o cualquier otra intercurencia, (...) no sea ingresado a terapia intensiva ni que reciba Asistencia Respiratoria Mecánica en particular . **Acepta se le suministre medicamentos, oxígeno con máscara, entrar con respiración y mangueras es hacerlo sufrir, no saldría”.**

A fojas 46/ 47 luce acta de audiencia, en la cual se presenta espontáneamente la Sra. (...) y ante la suscripta relata diversas vivencias familiares de (...) con su grupo familiar muestra fotografías de distintas edades. Todas las fotos demuestran mucho cariño, contención familiar (...) cada foto demuestran mucho cariño (...) ella relata **“Dios nos ha regalado un ser maravilloso, he aprendido a tener con (...) un lenguaje especial, nadie me lo ha enseñado, él me guía. Todos los días nos deja algo, el día que se vaya podrá estar más libre, pero lo hemos dado todo, se va a ir con todos los ángeles para jugar, me ha regalado todo...”.**

A fojas 48 se llama autos para sentencia.

Al cabo de la etapa introductoria, es menester efectuar algunas reflexiones conceptuales para luego analizar el posicionamiento de las partes en el proceso y valorar los informes y dictámenes emitidos. Ello previo a emitir pronunciamiento definitivo es solicitar al juzgado autorización para respetar la decisión anticipada de los progenitores de (...) teniendo en cuenta su actual estado de salud.

Así, se ha expresado que *“ los derechos personalísimos son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Dentro de ellos, adquieren especial relevancia, como principio del que partimos, el derecho a la propia vida y las facultades respecto del propio cuerpo, a la salud y a la integridad*

física en sus diversas manifestaciones” (Highton, Elena, RDPC, ps 169 y ss).

Las diversas posturas doctrinarias se originan a partir de hacer prevalecer uno de estos derechos sobre los demás. Como todos los derechos mencionados tienen jerarquía constitucional, la decisión que se adopte acerca de cuál de ellos debe primar ante la emergencia, no puede ser justificada jurídicamente, pues constituye una posición sin la cual no es posible desarrollar el análisis. La circunstancia de que sea un punto de partida axiológico no importa sustraer la decisión de la crítica, sino todo lo contrario, el debate acerca de la posibilidad de disponer de la propia vida, o desde otra perspectiva, acerca de los límites de la injerencia estatal mediante prácticas médicas, requiere, en primer término, que las partes transparenten los principios sobre la base de los que construirán las respuestas a eventuales cuestiones puestas a consideración.

En consecuencia, con lo manifestado precedentemente, considero que la libre disponibilidad de la propia vida, en cuanto su ejercicio dependa de la acción de terceras personas, constituye un derecho que sólo admite ser ejercido personalmente, de modo actual, o decidiendo hacia el futuro anticipándose a las circunstancias que regularmente son esperables frente al padecimiento de ciertas patologías . En todo caso, requiere que la persona sea plenamente capaz y consciente de las implicancias de su decisión debiendo ser previamente informada convenientemente sobre el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, así como con relación a los resultados probables de toda práctica médica.

La decisión sobre la disposición de la propia vida no puede emerger de una presunción legal o judicial, ni resultar de la voluntad de representantes legales. La manifestación expresa de la libre disposición de la vida no admite subrogancias de ninguna especie.

Por su parte, los derechos a la vida y a la dignidad personales no requieren ser invocados ni justificados. Su reconocimiento constitucional impone a los responsables del cuidado de la salud de todo paciente, aún

cuando éste se halle impedido de manifestar su voluntad, la obligación de garantizar ambos derechos en la mayor medida posible.

En el caso que nos ocupa, la circunstancia de tratarse de una persona menor de edad actualmente impedido de manifestar voluntad alguna con relación a prácticas distanásicas (práctica médica que tiende a alejar la muerte a través de medios ordinarios y extraordinarios), impone la necesidad de extremar los recaudos en la valoración de la posición adoptada por padres y médicos, a fin de evitar que la decisión final trasunte por la voluntad ficta o presunta del menor.

Pero la limitación de las prácticas médicas invasivas no sólo puede hallar un obstáculo en la voluntad del paciente, sino que se encuentra también autolimitada en aquellos supuestos en los que constituya un caso de anastasia que no responde beneficio alguno al enfermo, importando a la vez una interrupción del recurso regular de una enfermedad que motiva una serie de perjuicios que degradan el derecho a la dignidad humana. Este tipo de intervenciones puede ser realizada a condición de que sean expresamente solicitadas por el paciente, pero en tanto no puedan justificarse como un instrumento de mejoramiento de la calidad de vida, la aceptación de su realización no puede presumirse.

En consecuencia, y dadas las circunstancias del caso, la pretensión ejercida por los profesionales de la salud y por los padres no puede tener otro alcance que el de ilustrar acerca de la inutilidad de la intervención consistente en la asistencia respiratoria mecánica, pues ésta implicaría el aislamiento del menor en una sala de terapia intensiva, sin que ello acarree, luego, una mejora de la calidad de vida, sino que, contrariamente, será ostensible el deterioro con relación al estado actual. En un caso semejante, la prolongación cuantitativa de la vida a cambio de un menoscabo cualitativo carece de toda legitimación.

Surge de las constancias del expediente, de los informes médicos realizados, que en todo momento el niño está bajo atención y cuidados médicos calificados como “cuidados paliativos”, con atención farmacológica; y que el rechazo a que sea ingresado a terapia intensiva infantil con el objeto de realizar prácticas denominadas ARM no implicará porcentaje alguno de curación en la enfermedad de base.

Invocar en el caso el derecho a la vida con el objeto de imponer la sobrevida del paciente, vinculándolo de carácter permanente a una máquina, en un ambiente en el que el marco de contención familiar se encuentra sumamente condicionado, supone que la prolongación en el tiempo constituye un valor ontológicamente absoluto y superior a la permite una interpretación semejante; contrariamente, las normas internacionales contienen como regla interpretativa la prohibición de emplear cualquier reconocimiento de un derecho para negar vigencia a los demás o restringir sus alcances fuera de todo marco de razonabilidad. Tal como se ha sostenido reiteradamente (ver LL del 15/9/2005, p 4. Con nota de Alfredo J. Kraut, entre otros), el reconocimiento de la dignidad de las personas impide que las prácticas médicas sean desarrolladas sin satisfacer ningún interés del paciente, o lo que resulta equivalente, asegurando su sobrevida en detrimento de todo sentido de la dignidad humana, tal como resultaría en el caso según la opinión unánime de los facultativos intervinientes (...) debe destacarse además que el reconocimiento de ciertos límites a la injerencia estatal en el cuidado de su salud, no desanda las intervenciones jurisdiccionales anteriores destinadas a garantizar la pretensión de exigir ciertas prestaciones médicas, en tanto ellas, consistieron en modalidades asistenciales que no menoscabaron la dignidad del menor, sino que constituyeron cuidados paliativos necesarios para atemperar las consecuencias adversas de su enfermedad.

La opción de médicos y progenitores expresada a favor de cuidados paliativos no invasivos presupone la opción a favor de dos actitudes fundamentales: el respeto por la dignidad de la persona y la aceptación de la finitud de la condición humana. Por ello, tanto los médicos como los familiares están en mejores condiciones que un extraño para evaluar lo que sería mejor para el niño.

En línea con lo anteriormente expresado, entiendo que en atención a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que afecta al niño (...) de ocurrir su muerte, ello será la consecuencia directa de su patología, respecto de la cual, en el actual estado de la ciencia médica, no existe

aún ninguna terapia curativa, opinión unánime de los médicos intervinientes en la problemática de (...) del Comité de Ética del Hospital y de la perito médico de este Tribunal, Dra. Lidia Caunedo.

Resta entonces a la ciencia médica realizar la totalidad de las acciones que el arte de curar indiquen como cuidados paliativos en pos de la vida del niño, procurando las medidas necesarias para atender a su confort psíquico físico y espiritual, debiendo sostener en todo tiempo que las mismas sean dispensadas en su hogar, rodeado de sus padres, hermanos y afectos y en su caso considerar la posibilidad de su traslado al área de Cuidados Paliativos, si fuera necesario, aliviando el sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente.

*Por ello, teniendo como norte la Convención sobre Los Derechos del Niño y el Adolescente, se resuelve: **I.- Hacer lugar** a la pretensión ejercida por el señor (...) en su carácter de Director General del Hospital Castro Rendón; **II.- Hacer saber** a los médicos tratantes que deberán realizar todas las prácticas médicas necesarias consideradas como cuidados paliativos, disponiendo las medidas necesarias a fin de que (...) no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente y evitando que el niño ingrese a terapia intensiva infantil a efectos de recibir tratamientos invasivos. **III.- Regístrese y notifíquese.**¹*

CAPÍTULO II

IV. LA DIGNIDAD: CONSIDERACIONES PREVIAS-

En éste acápite desarrollaremos el concepto de la dignidad desde un punto de vista filosófica, su triple dimensión y su acogimiento en nuestra Constitución y otras Normas Fundamentales que consideramos apropiadas.

a) La Dignidad.- Conceptos:

¹ En Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia “Derecho de Familia” Lexis Nexis Abeledo Perrot Buenos Aires – Argentina P 149.

“Como principio de la dignidad humana se entiende la exigencia enunciada por Kant como segunda fórmula del imperativo categórico: “Obra de manera de tratar a la humanidad tanto en tú persona como en la persona de otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio”. Este imperativo establece, en efecto, que todo hombre y más bien todo ser racional, como fin en sí mismo posee un valor no relativo (como es, por ejemplo un precio) Y sí intrínseco esto es, la dignidad ...”.²,

“Deriva del latín dignitas, cualidad de la que el dignus (...) en sentido abstracto: carácter o cualidad del que es (y por analogía de lo que es) digno, es decir, como conviene y que por consiguiente merecen aprobación o incluso respeto. La actitud que es expresión de ese carácter (...) En sentido abstracto (una dignidad, dignidades) título, honor, cargo que sitúan a alguien en un nivel elevado de la jerarquía social.³

Nosotros la definimos a la dignidad como aquella cualidad que le es inherente al ser humano, que conlleva el respeto de terceros y la atención por parte del Estado como fin y no como medio. Por ello, tiene una dimensión subjetiva y objetiva. Es subjetiva, por lo que es consustancial o inherente hacia su persona y objetivo por el respeto que merece de los demás conciudadanos y del Estado como ente protector.

b) **Las Dimensiones de la Dignidad.-**

El análisis de estas dimensiones permiten delimitar el reconocimiento al que nos permitíamos definir a la dignidad. Para ello tomamos como marco de referencia lo señalado por Rubén Santos Belandro⁴, al desarrollar a la dignidad del anciano en el derecho privado y que también sería aplicable a cualquier caso.

- *El Respeto Por Parte del Estado*

La consagración normativa de la dignidad del hombre encontró su primera válvula de escape debido a que la necesidad de defenderse del Estado y de los poderes

² ABBAGNANO, Nicole “ Diccionario de Filosofía” Fondo de Cultura Económica – México – 1992 P 324.

³ FOULQUIÉ, Paul “Diccionario del Lenguaje Filosófico” Editorial Labor S.A. – 1967 P. 266-267.

⁴EN WWW.ELDIAL.COM DCA40

públicos en general (...) Visto lo cual existe en primer lugar una obligación del Estado de respetar la dignidad humana. Se trataría de una obligación de abstención de la realización de cualquier acto que ataque la dignidad de los individuos so pena de incurrir en responsabilidad.

- *El Respeto Por Parte de los Terceros*

La dignidad no sólo es un derecho reconocido a los individuos frente a los poderes públicos sino también un deber que se impone a las personas privadas. Por el hecho de que el Estado Promueva y defienda la dignidad de los hombres, los particulares no quedan exentos de reconocerle el derecho a la dignidad de las demás personas y la prohibición de atacar ese derecho.

- *El Respeto Como Dignidad de Sí Mismo*

No es posible sustentar el concepto de dignidad del hombre si éste no lo vive y experimenta como una parte consustancial de si mismo. No basta que el Estado proteja a las personas en su dignidad, no es suficiente tampoco que los demás se la respeten a un sujeto concreto si, al final de cuentas, éste no la considera algo valioso, algo sin lo cual deja de ser humano.

También es importante traer a colación lo que dicen la Constitución Peruana y los principales textos constitucionales de Latinoamérica.

c) **La Dignidad en el Ordenamiento Jurídico Nacional y Extranjero.-**

En nuestra Constitución Política es regulada en el artículo primero señalando que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”*. Hace un interesante comentario

Fernández Sessarego ⁵“...El artículo 1 de la Constitución de 1993 al lado del respeto de la persona humana, enuncia también el deber de la sociedad y del Estado de respetar su dignidad. La “dignidad” es una calidad inherente a la persona, en cuanto está es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la identidad del ser humano.

El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual y además por el hecho de que, a pesar de todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana. Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento...”

Por otro lado, las Cartas Magnas que se indican a continuación resaltan también la importancia del Estado de proteger prioritariamente la dignidad; pues, constituyen aquellos presupuestos que permitirá constatar el normal desenvolvimiento de los demás derechos fundamentales. De esta manera, la dignidad se convierte en una especie de “barómetro” en el ejercicio de aquellos derechos.

- La Constitución Política de Bolivia en su artículo 6 apartado II prescribe “...La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es prioridad del Estado...”.

⁵“La Constitución Comentada artículo por artículo Editorial Gaceta Jurídica Tomo I Primera edición 2005 P11

- *La Constitución Política de Ecuador en su artículo 4 sostiene: “...El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección desde su concepción. (...) Toda persona será protegida en su integridad física y psíquica (...) la ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos...”.*
- *La Constitución de Venezuela en su artículo 46 prescribe “...Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: (...) 3.- Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.”*

CAPÍTULO III

V. AL EXISTIR UN “CONFLICTO” ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES ¿CÓMO SERÁ ABORDADO POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

El doctor Castillo Córdova, Luís⁶ haciendo referencia a la visión conflictivista de los derechos fundamentales señala: “... Hoy es bastante común tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional que se hable de “conflicto” de derechos fundamentales. Según una visión conflictivista de los derechos fundamentales estos son realidades que pueden entrar en oposición entre sí. Ello es así porque se tiene el convencimiento que al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el

⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luís “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales” Editorial GRIJLEY 2008 P. 50

titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar, cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”. Incluso se afirma que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”. Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para ello se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos (...) Dentro de este mecanismo de solución de los conflictos, la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen bastante marcados por cuestiones ideológicas. Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se suele afirmar que la libertad de información es jerárquicamente superior al derecho a la intimidad o al derecho al honor, en cuanto aquella libertad tienen una especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad, valor que no se encuentra en derechos como el derecho a la intimidad o el derecho al honor...”.

En los últimos cuatro años el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, frente aquellos presuntos “conflictos” de derechos fundamentales se ha podido evidenciar que al expedir sus respectivos pronunciamientos han sido disímiles o singulares debido al enfoque que cada uno aborda, conforme veremos a continuación

¿CÓMO SE HA PRONUNCIADO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS ANÁLOGOS?

Si bien es cierto, luego de una prolija búsqueda sobre un posible conflicto de derechos fundamentales entre la dignidad y la vida de una persona no fue hallado; sin embargo, a fin de poder analizar la tendencia del Supremo intérprete de la Constitución en caso de un presunto conflicto de derechos fundamentales, traemos a colación algunos casos que nos permitirán extraer los parámetros y principios que adopta

a. El caso “Magaly Medina” (Expediente número 6712-2005-PHC/TC)

Se trató del conflicto generado entre la libertad de información y la vida privada; debido a que el 31 de enero del 2000, en el programa televisivo “Magaly TV” se difundiera por un canal de televisión de señal abierta un video editado que contenían datos íntimos de Mónica Adaro Rueda, donde se le apreciaba teniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino.

Ante esta situación surgían las siguientes hipótesis acoger la Visión Conflictivista de aquellos Derechos Fundamentales o realizar una visión unitaria o uniforme.

El Tribunal Constitucional consideró que al afrontar estas aparentes colisiones entre derechos fundamentales se pueden desarrollar ambos sin que ninguno desaparezca; pues no existe jerarquías entre aquellos derechos que ostentan el mismo rango o nivel.

b. El Caso “Lizana Puelles” (Expediente 5854-2005- PA/TC)

El petitorio de la demanda tuvo por objeto se declare la nulidad de una resolución expedida por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) que declaró fundada la apelación presentada contra el acuerdo formalizado mediante la Resolución de Concejo N° 039-2004-CDC/A ordenó la vacancia del recurrente en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chanchaque – Piura.

Fijó principios de interpretación constitucional que no se agotan en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico) sino el Supremo intérprete establece principios que complementarán la labor hermenéutica del juzgador. Tales principios señalados en el Duodécimo Fundamento Jurídico son:

a. *Principio de Unidad de la Constitución.-*

Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b. *Principio de Concordancia Práctica.-*

En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos y teniendo presente que, en última instancia todo precepto, constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica”.

c. *Principio de Corrección Funcional.-*

Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales.

d. *Principio de Función Integradora.-*

El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e. *Principio de Fuerza Normativa de la Constitución.-*

La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante “in toto” y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

d) El Caso “Tijuana” (Expediente N° 7624- 2005-PHC/TC)

Si bien es cierto, este caso se encontraría alejado del tema objeto del ensayo pero es importante considerarlo para extraer el razonamiento o línea de orientación que adopta el Tribunal Constitucional, al existir un “conflicto” entre un derecho fundamental (la libertad individual) con un interés colectivo la sociedad y el delito objeto de investigación (tráfico ilícito de drogas).

A pesar de ello, el demandante Hernán Ronald Buitrón Rodríguez , interpuso su demanda de hábeas corpus solicitando su inmediata excarcelación por haber transcurrido en exceso el plazo máximo de 36 meses previsto en el Código Procesal Penal, porque consideraba que se vulneraba su derecho a ser juzgado en un plazo razonable (artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no amparó la demanda a pesar de encontrarse una colisión con la libertad del recurrente (obviamente un derecho fundamental) al considerar que la sociedad no podía ser expuesta a peligros, la estabilidad del sistema democrático y lo que representaría además un grave peligro para la soberanía nacional.

¿CÓMO SE HA PRONUNCIADO EL PODER JUDICIAL EN CASOS ANÁLOGOS?

A diferencia de la posición asumida por el Tribunal Constitucional la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad número 3301-04 /Lima en su resolución de fecha 28 de abril del

2005 declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que condena a Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellano por el delito contra la libertad – violación de la intimidad – en agravio de Mónica Adaro Rueda a 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo la observancia de las reglas de conducta que allí se indican.

A diferencia de la posición asumida por el Tribunal Constitucional el Poder Judicial asume, en esta materia, la tesis conflictivista, al señalar en el Sexto Considerando“... *La doctrina informa además que, el derecho de información no es absoluto, pues ningún derecho lo es y ha de coexistir – pacíficamente con otros derechos fundamentales. En efecto, a partir de la Constitución Política se establece que, cuando el ejercicio de tales libertades resulten afectados la intimidad y honor de las personas, **nos encontramos ante un conflicto de derechos**, ambos de rango fundamental que para resolverlo deberá recurrirse a los baremos siguientes: a).- La no existencia de derechos fundamentales absolutos, ni de límites absolutos a éstos, b).- **la delimitación de los derechos enfrentados, distinguiendo entre la libertad de información y de expresión , por un lado y el derecho a la intimidad personal por otro**; c).- La importancia de los criterios de ponderación.*

Aspecto que también fluye del Acuerdo Plenario 3 – 2006/ CJ – 116 que en su Octavo Fundamento Jurídico establece “...*La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o información. La base de esta posición estriba en que **en principio los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión – manifestación de opiniones o juicios de valor – y de información – imputación o narración de hechos concretos- gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro (ambos tienen naturaleza de derecho – principio. A este efecto , uno***

*de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el **juicio ponderativo...***⁷.

Víctor Hugo Chávez refuerza nuestra posición al señalar que “...*Es claro que las SP (**Salas Penales**) de la CS (**Corte Suprema**) ha asumido patentemente una teoría conflictivista (...) El problema de un planteo de este tipo es que erróneamente se ha tratado de asumir la preferencia – ya sea en clave de primacía o en clave de prevalencia – de uno de los derechos involucrados, alejándose el expediente del conflicto de la concepción de los derechos en situación de igualdad ...*”⁸ (El resaltado y agregado es propio).

La posición que asumimos es la interpretación unitaria y armoniosa de los derechos fundamentales al no existir verdaderos conflictos por ello constituyen meras apariencias porque todas ostentan el mismo rango; aspecto que difiere de la visión conflictivista.

CAPITULO CUARTO

VI. ¿EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO CÓMO PODRÁ SOLUCIONAR CUÁNDO LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA Y LA DIGNIDAD DE UN HIJO MENOR DE EDAD SE ENCUENTRAN EN PUGNA? .

Una vez delimitadas las líneas de interpretación de la doctrina, el Tribunal Constitucional y la posición divergente de la Sala Penal de la Corte Suprema, retomaremos el tema objeto del ensayo a fin de asumir una posición al respecto.

El caso expuesto por el Juzgado de Neuquén resalta la opción formulada por los médicos y los progenitores del niño a los efectos de que reciba cuidados paliativos no invasivos, pues frente a la grave

⁷ En “Precedentes Vinculantes, Sentencias Casatorias y Ejecutorias Relevantes en Materia Penal De La Corte Suprema de Justicia de la República” Fondo Editorial del Poder Judicial – Corte Suprema de Justicia de la República P. 58.

⁸ CASTILLO ALVA, José Luís “ Comentaríos a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema” editorial GRIJLEY 2008 Pp 710 -711.

progresiva e irreversible enfermedad que lo afecta, respecto de la cual no existe ninguna terapia curativa, sólo correspondía realizar las medidas necesarias a fin de que no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de la vida remanente.

Los métodos invasivos, este tipo de tratamiento recibe esta denominación por cuanto por las causas o síntomas de una enfermedad (apendicitis, peritonitis, cáncer, úlcera, etc.) será necesario hacer una abertura "invasión" a través de una cirugía; de allí, se genera la denominación. Donde existe mayor agresión por la forma de intervención quirúrgica.

Mientras que los métodos paliativos conllevan el mantenimiento de la salud mediante medios menos agresivos utilizando el apoyo de los avances de la tecnología para conseguir los mejores tratamientos clínicos. En esta clase de tratamiento no existe la intervención quirúrgica. A modo de ejemplo: auscultar al paciente, la toma de placas de rayos x, etc.).

Como se puede apreciar estos últimos no invaden el cuerpo con material quirúrgico.

Ahora bien, la enfermedad del niño denominada mucopolisacaridosis se caracteriza por ser de curso crónico, progresivo, con gran variabilidad en la gravedad y evolución de los síntomas consiste en aspecto tosco, prominencia frontal, pelo y cejas gruesas; pueden presentar cataratas, glaucoma,, infecciones respiratorias repetidas.

En los pacientes con mucopolisacaridosis la muerte ocurre por falla cardíaca .

El punto medular de la resolución objeto de comentario se centra en determinar si por la sintomatología (apenas puede ingerir un poco de líquido, sujeto a un botón gástrico por donde recibirá sus alimentos, y ser hidratado; crisis respiratoria, etc.) que presenta la enfermedad no desean prolongar la vida del menor dado que consideran que el uso de medios artificiales se tornarían cruentos y desproporcionados; por ello, rechazan tratamientos médicos invasivos porque su hijo tiene derecho a vivir con la mayor dignidad posible y una muerte digna.

Frente a esta coyuntura cabe preguntarnos: ¿Qué hacer cuando la prolongación de la **vida** y **la dignidad** de un hijo menor de edad entran en colisión? ¿Las elucubraciones jurídicas podrán superar esta amarga realidad?

Nuevamente los que acogen la visión conflictivista de los derechos fundamentales indicarían que se advertiría un típico caso de pugna de aquellos derechos; donde sería necesario acudir al “juicio de ponderación” o el sacrificio del derecho de menor valía.

Partiendo de que la Constitución Política en su artículo 1 hace referencia a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado; se deberá hacer la interpretación unitaria y armoniosa de estos derechos fundamentales que incluso tienen protección en diversos instrumentos internacionales. Y como ambos se encuentran en la misma jerarquía, su naturaleza lo exige, no podremos sacrificar ninguno a pesar de que se utilicen los tratamientos paliativos o invasivos; más aún, si la dignidad forma parte integrante de la vida.

No compartimos la decisión del Juzgado de Neuquén en cuanto dispone que los médicos tratantes del menor eviten ingresar a terapia intensiva infantil para recibir tratamientos invasivos.

Como se indicó para la aplicación de los métodos invasivos y paliativos es necesario analizar caso por caso.

Considero que el hecho de utilizar métodos invasivos a pesar de la cirugía mayor o menor que podría utilizar el galeno de ninguna manera su ejercicio profesional estará orientado a vulnerar la dignidad de un paciente; dado que, la dignidad se inicia con el respeto y porque se buscará analizar los siguientes criterios: a.- La proyección de vida y b.- La calidad de vida; c.- El uso de los medios que se encuentran a su alcance que causen el menor sufrimiento posible y los menores efectos colaterales adversos; d.- El médico se convierte en el primer defensor de los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional.

VII. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS.-

- a. La posición que asumimos es la interpretación unitaria y armoniosa de los derechos fundamentales al no existir verdaderos conflictos; por ello, constituyen meras apariencias porque todas ostentan el mismo rango; aspecto que difiere de la visión conflictivista.
- b. El uso de los métodos paliativos o invasivos de ninguna manera vulnerarán la dignidad humana; dado que, la motivación de los galenos es preservar, rehabilitar la salud de los pacientes.
- c. la aplicación de los métodos invasivos y paliativos es necesario analizar caso por caso.
- d. A fin de uniformizar los criterios entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional uno de los temas a esbozarse en los próximos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema y Salas Civiles de esta instancia, Plenos Jurisdiccionales en las Cortes Superiores a nivel Nacional el acogimiento de la posición unitaria y armoniosa de los derechos fundamentales en caso de concurrencia.
- e. La continuación de talleres de capacitación teórica – práctica dirigida permanentemente a los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales en temas de esta naturaleza a fin de mejorar la calidad del servicio en la impartición de justicia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.-

ABBAGNANO, Nicole “ Diccionario de Filosofía” Fondo de Cultura Económica – México – 1992.

CASTILLO CÓRDOVA, LUÍS “ Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales” Editorial GRIGLEY – 2008

CASTILLO ALVA, José Luís “ Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema” editorial GRIJLEY 2008.

“CONSTITUCIÓN COMENTADA ARTÍCULO POR ARTÍCULO” Editorial Gaceta Jurídica Tomo I Primera edición 2005 P11

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA “Precedentes Vinculantes, Sentencias Casatorias y Ejecutorias Relevantes en Materia Penal De La Corte Suprema de Justicia de la República” Fondo Editorial del Poder Judicial – Corte Suprema de Justicia de la República

FOULQUIÉ, Paul “Diccionario del Lenguaje Filosófico” Editorial Labor S.A. – 1967 P. 266-267.

En Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia “DERECHO DE FAMILIA” Lexis Nexis Abeledo Perrot Buenos Aires – Argentina