

JA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:
LUIS DANIEL CROVI

Bs. As., 14/04/2021

2021 - II

fasc. 3

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261

RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados

© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de abril de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

DOCTRINA

Remoción de jueces por el Jurado de Enjuiciamiento y su revisión judicial <i>Pablo R. Toledo</i>	3
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

JURISPRUDENCIA

RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN LA PANDEMIA Situación en los centros de aislamiento de la provincia de Formosa. Pedido de informes. Cuestión de competencia. Facultades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	17
RÉGIMEN DEL MONOTRIBUTO Resolución que excluye a un contribuyente como monotributista. Medida cautelar. Principio de ley penal más benigna. Aplicación por analogía	24
RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA Nota periodística publicada en un diario sobre la demolición de un edificio para el Metrobus. Reportaje neutral. Ausencia de imputación con entidad para afectar el honor del accionante. Aplicación de la doctrina “Campillay”. Rechazo del pedido de rectificación o respuesta	28
SECUESTRO PRENDARIO Planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Prenda. Ejecución extrajudicial de la prenda	39
PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN PANDEMIA Repartidor a domicilio. Medida cautelar. Desbloqueo de aplicación informática. Verosimilitud del derecho	43
DERECHO A UNA MUERTE DIGNA Mujer que padece polimiositis. Enfermedad autoinmune, incurable, degenerativa y progresiva. Homicidio piadoso. Principio del doble efecto. Excepción legítima de no punibilidad. Respeto a la autodeterminación del paciente. Procedimiento técnico de la eutanasia	45

DOCTRINA

Remoción de jueces por el Jurado de Enjuiciamiento y su revisión judicial

Pablo R. Toledo (*)

Sumario: I. Causales de remoción: alcance y límites.— II. Etapas en el proceso de remoción de magistrados.— III. La necesidad de resguardar el debido proceso.— IV. Necesidad de una revisión judicial: a pesar del caso “Rico”.— V. La revisión judicial de la destitución en Argentina: la vía del REF.— VI. Aspectos que autorizan la revisión judicial.

I. Causales de remoción: alcance y límites

Debemos comenzar recordando que el art. 110 de la CN dispone que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores de la Nación “conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta” (1). Como señala Sagüés, la regla persigue fortalecer la imparcialidad e independencia del órgano judicial (2), sin embargo, aquello debe armonizarse con las naturales responsabilidades de los magistrados, en especial la responsabilidad de naturaleza política, vinculada a las causales de remoción.

En función de lo señalado anteriormente, debemos resaltar que las causales de remoción de los magistrados deben ser examinadas con

rigor y seriedad, dado que una interpretación laxa conduciría a que el proceso de remoción se comporte como una herramienta para afectar la independencia de los magistrados. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) sostuvo que la garantía de inamovilidad como parte de la independencia judicial se compone de varios elementos: (i) que la separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) que los jueces y juezas solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia; (iii) que todo proceso seguido en contra de jueces o juezas se resuelva de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley, puesto que la libre remoción de las autoridades judiciales fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias (3).

(*) Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Docente en las Cátedras de Derecho Procesal II “B” y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNT, docente en carreras de posgrado y relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

(1) Debemos aclarar que la remoción de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se realiza a través del “juicio político” ante el Senado de la Nación (conf. arts. 53, 59 y 60 de la CN), el que constituye un mecanismo distinto al examinado en este trabajo, relativo a la remoción de los jueces inferiores de la Nación mediante su juzgamiento ante el Jurado de Enjuiciamiento.

(2) Conf. SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Constitucional”, CABA, Astrea, 2017, 1ª ed., T. 2, p. 446.

(3) Conf. Corte IDH. “Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, párr. 105. En igual sentido, Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 32, Artículo 14.

En ese marco, y respecto de las causales de remoción, el art. 115 de la CN remite a las previstas en el art. 53 de la CN, de donde surgen las siguientes: a) la comisión de delito en el ejercicio de sus funciones; b) la comisión de crímenes comunes; y c) mal desempeño (4). Sin embargo, la causal de mal desempeño, ampliamente interpretada, tiene un carácter genérico y residual, que incluso es capaz de abarcar a las otras dos otras causales, es decir, el juez que comete delitos comunes o en el ejercicio de sus funciones, desempeña mal la función institucional que le fuera confiada (5). Desde esa misma perspectiva, la "buena conducta" que menciona el art. 110 de la CN como requisito para que los magistrados conserven su empleo, debe ser interpretada a la luz del concepto de "mal desempeño".

En consecuencia, como señala Santiago, el mal desempeño se trata de un concepto elástico, una figura abierta y amplia, un estándar jurídico en buena medida indeterminado que debe guiar la función tanto del órgano que acusa al magistrado, como la del Jurado que, sin arbitrariedad, debe resolver el caso (6). No obstante ello, el art. 25 de la ley 24.937 contempla una serie de supuestos que considera causales de mal desempeño, ellas son: 1) el desconocimiento inexcusable del derecho; 2) el incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias; 3) la negligencia grave en el ejercicio del cargo; 4) la realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones; 5) los graves desórdenes de conducta personales; 6) el abandono de sus funciones; 7) la aplicación reiterada de sancio-

nes disciplinarias; y 8) la incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo (7) (el listado no es taxativo).

Lo previsto en el referido art. 25, permite advertir que la causal de "mal desempeño" puede referirse tanto a la conducta funcional como extrafuncional del magistrado, a su actividad específicamente jurisdiccional como a la gestión administrativa que tiene encomendada. Comprende tanto actos dolosos como culposos, e incluso se extiende a hechos no imputables al acusado (como enfermedad física o psicológica sobreviniente), siempre que se traduzca en una incapacidad para ejercer el cargo. El mal desempeño puede aludir también a la impericia técnica o a falta de cualidades éticas para ocupar la magistratura en cuestión (8), lo cierto es que se trata de un concepto en buena medida indeterminado (no sujeto a un riguroso sistema de tipificación), cuyos márgenes se van construyendo en forma paulatina.

En ese sentido, aunque referido a un proceso de remoción de un magistrado de la provincia de Buenos Aires (9), la Corte IDH señaló que si bien el principio de legalidad tiene vigencia en materia disciplinaria, "los problemas de indeterminación del tipo sancionatorio no generan, *per se*, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se pro-

El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 20.

(4) Si bien las mismas causales están también previstas para la remoción de otros funcionarios públicos, las particularidades propias de la actuación judicial nos permiten brindarle a la causal de mal desempeño un contenido específico y propio.

(5) Conf. SANTIAGO, Alfonso, "La responsabilidad judicial en los albores del siglo XXI. ¿Qui Custodiat Ipse Custodes?", en VIGO, Rodolfo L. - GATTINONI DE MUJÍA, María (Dirs.), Tratado de derecho judicial, CABA, Abeledo Perrot, 2013, 1ª ed., T. Iº, p. 767.

(6) Conf. SANTIAGO, Alfonso, "La responsabilidad judicial en los albores del siglo XXI. ¿Qui Custodiat Ipse Custodes?", en VIGO, R. L. - GATTINONI DE MUJÍA, M. (Dirs.), Tratado de derecho judicial, cit., pp. 767-768.

(7) Para un análisis específico de las causales enunciadas, ver: CARNOTA, Walter F., "El Procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación", en MANILI, Pablo L. (dir.), Tratado de derecho procesal constitucional, Buenos Aires, LA LEY, 2010, 1ª ed., T. IIº, pp. 525-532.

(8) Conf. SANTIAGO, Alfonso, "La responsabilidad judicial en los albores del siglo XXI. ¿Qui Custodiat Ipse Custodes?", en VIGO, R. L. - GATTINONI DE MUJÍA, M. (Dirs.), Tratado de derecho judicial, ob. cit., p. 769.

(9) Es decir, si bien no se trataba del régimen nacional, sus conceptos pueden extenderse a aquél.

duzca" (10). No obstante, ello no significa que la decisión pueda ser arbitraria, es que como lo señaló el Jurado de Enjuiciamiento de la Nación, el juzgamiento se debe llevar a cabo sobre la base de la imputación y demostración de hechos o sucesos concretos, y no de apreciaciones difusas, pareceres u opiniones subjetivas, sean personales o colectivas (11).

Desde esa misma perspectiva, la práctica y la teoría sobre la materia han permitido construir algunos estándares propios y específicos que limitan la discrecionalidad en la evaluación de las causales de remoción. En ese sentido, debemos recordar que la CSJN expresó que el enjuiciamiento de magistrados debe fundarse en hechos graves que sean idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función (12). En esa misma línea, la Corte IDH, señaló que "la garantía de inamovilidad implica que la destitución obedezca a conductas bastante graves, mientras que otras sanciones pueden contemplarse ante eventos como negligencia o impericia" (13). En efecto, el "mal desempeño" debe tener entidad, ya que no toda mala actuación o limitación del magistrado puede sustentar su remoción.

A su vez, en principio, el juzgamiento no se puede vincular con hechos anteriores a la designación del magistrado, es decir, el mal desempeño debe estar referido a la conducta del magistrado desde su designación y, como pauta

general, no puede alcanzar la actuación del magistrado previa a esta (14). Sin embargo, también se aclaró que cabe realizar una distinción entre los actos del juez que presumiblemente fueron conocidos y evaluados por los órganos que realizaron el nombramiento y los que no lo fueron, respecto de los primeros interpretó que no corresponde emplearlos para configurar el mal desempeño, mientras que los segundos (hechos que tomaron estado público con posterioridad a su nombramiento), sí podrían ser considerados a la hora de evaluar la idoneidad del acusado para continuar en el ejercicio de su función (15).

A los efectos de garantizar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, es clave resaltar que, en principio, la interpretación que los jueces hagan de las normas jurídicas en sus sentencias y el criterio u opiniones expresadas en sus fallos no puede dar lugar a la configuración de "mal desempeño" (conf. art. 14, inc. b de la ley 24.397, norma que si bien refiere a las sanciones disciplinarias resulta aplicable a los procesos de remoción) (16). Esa fue la interpretación del Jurado de Enjuiciamiento el caso "Bustos Fierro", donde sostuvo que los jueces no pueden ser enjuiciados por las doctrinas o convicciones que sustentan sus fallos (17). A su vez, esa regla es coincidente con la práctica institucional norteamericana (18) y el criterio de la Corte IDH (19). Esto implica que los magistrados y magistrados no pueden verse expuestos

(10) Corte IDH. "Caso Rico vs. Argentina". Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párr. 103.

(11) Conf. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, "Brusa, Víctor H.", 30/03/2000, cita online: AR/JUR/4497/2000. Igual interpretación puede extraerse del fallo "Nicosia" de la CSJN, dictado en fecha 09/12/1993, Fallos 316:2940.

(12) Conf. CSJN, "Lona, Ricardo", 05/07/1979, Fallos 301:1242.

(13) Corte IDH. "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 192. Ver también: Corte IDH. "Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 259.

(14) Conf. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, "Brusa, Víctor H.", 30/03/2000, consid. 16-18, cita online: AR/JUR/4497/2000.

(15) Conf. SANTIAGO, Alfonso, "La responsabilidad judicial en los albores del siglo XXI. ¿Qui Custodiat Ipse Custodes?", en VIGO, R. L.- GATTINONI DE MUJÍA, M. (Dirs.), Tratado de derecho judicial, cit., pp. 774-775.

(16) Conf. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, "Bustos Fierro, Ricardo", 26/04/2000, cita online: AR/JUR/5876/2000.

(17) Conf. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, "Bustos Fierro, Ricardo", 26/04/2000, cita online: AR/JUR/5876/2000.

(18) Conf. SANTIAGO, Alfonso (dir.), "La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales", CABA, LA LEY, 2016, 1ª ed., p. 35.

(19) Conf. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones

al riesgo de ser enjuiciados por esas razones, en tanto y en cuanto las consideraciones vertidas en sus sentencias no constituyan delitos o traduzcan ineptitud moral o intelectual que los inhabilite para el desempeño del cargo (20).

En efecto, teniendo en cuenta que la Corte IDH interpretó que los procesos de remoción de magistrados no son contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) “siempre y cuando en el marco de aquellos, se cumplan las garantías del artículo 8 y existan criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia” (21), no podemos interpretar que las causales de remoción previstas por la CN, consideradas en abstracto, sean ilegítimas o contrarias a los estándares internacionales.

II. Etapas en el proceso de remoción de magistrados

El proceso de remoción de magistrados judiciales es un proceso constitucional especial, previsto directamente por la CN para evaluar la responsabilidad política de los magistrados acusados. Si bien el juicio que decide la remoción o no de los jueces del Poder Judicial de la Nación (inferiores a la CSJN), se realiza frente al Jurado de Enjuiciamiento de la Nación (22), en rigor, ese proceso de remoción se inicia ante el Consejo de la Magistratura (en adelante, también “CM”), el que podrá proceder de oficio o ante denuncia que le efectúen otros órganos del Poder Judicial, magistrados, funcionarios o particulares que acrediten un interés legítimo (conf. art. 14 de la ley 24.937). A partir de allí se formará un expediente, el que será remitido a la

Comisión de Disciplina y Acusación del CM. Si la denuncia no es rechazada *in limine* por el Plenario del Consejo a propuesta de la Comisión (conf. art. 8° del Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación —en adelante, también “RCDA” —), esta última designará un Consejero Informante (conf. art. 10 del RCDA).

Admitida la denuncia, esta será notificada al magistrado denunciado, oportunidad en la que se le hará saber que podrá ejercer su defensa por escrito, designar defensor, ofrecer pruebas y expresar lo que corresponda a su derecho, en el plazo de veinte [20] días (art. 11 del RCDA). Posteriormente, y una vez resueltas las recusaciones y excusaciones si las hubiera, la Comisión de Disciplina y Acusación ordenará la producción de las pruebas que estime oportunas y las solicitadas por el magistrado (art. 15 del RCDA). Sustanciadas las medidas probatorias ordenadas, el Consejero Informante presentará un proyecto de dictamen a la Comisión, la que deberá expedirse proponiendo al Plenario del Consejo la desestimación de la denuncia o, en su caso, la denuncia avanzará citando al magistrado a una audiencia (arts. 19 y 20 del RCDA). Cumplido el descargo o agotada la instancia para hacerlo, y concluidas las diligencias probatorias, el consejero encargado por la Comisión deberá elaborar un proyecto de dictamen con el fin de proponer al Plenario del Consejo: a) desestimar la denuncia; b) imponer una sanción disciplinaria; o c) abrir el procedimiento de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento y, en su caso, ordenar la suspensión del magistrado, designando los encargados de llevar el caso ante el Jurado de Enjuiciamiento.

El Consejo de la Magistratura reunido en sesión plenaria, y previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación, podrá decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados (en su caso, ordenar la suspensión) y formular la acusación correspondiente (conf. art. 114 de la CN y art. 7°, inc. 16 de la ley 24.937). Recién en esa instancia llegará la acusación formal al Jurado de Enjuiciamiento —en cuyo marco habrá un nuevo contradictorio—. La acusación ante el Jurado estará a cargo de los representantes del CM designados para sostenerla.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs. 200-206.

(20) Conf. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, CABA, La Ley, 2018, 5ª ed., T. IIº, p. 515.

(21) Corte IDH. “Caso Rico vs. Argentina”. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia del 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párr. 57.

(22) En rigor, juzgará a los jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo con el artículo 16 de la ley 24.018 de los tribunales inferiores de la Nación (conf. art. 21 de la ley 24.937 —texto según art. 15 de la ley 26.855—).

La CN no regula específicamente el procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento, sin embargo, las cuestiones neurálgicas están contempladas en la ley 24.937 (reformada por la ley 26.080). En ella se dispone que el procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados será oral y público y deberá asegurar el derecho de defensa del acusado (conf. art. 25 de la ley 24.937). Por ello, de la acusación formulada por el Plenario del Consejo de la Magistratura se le correrá traslado al magistrado acusado por el término de diez días (conf. art. 26 inc. 2 de la ley 24.937). Contestado el traslado se abrirá la causa a prueba por el término de treinta días (conf. art. 26 inc. 3 de la ley 24.937). Ambas partes podrán ofrecer todos los medios de prueba que contempla el Código Procesal Penal de la Nación, pudiendo ser desestimadas —por resoluciones fundadas— aquellas que se consideren inconducentes o meramente dilatorias (conf. art. 26, inc. 4 de la ley 24.937).

Concluida la producción de la prueba o vencido el plazo respectivo, el representante del Consejo de la Magistratura y el magistrado acusado o su representante, producirán en forma oral el informe final en el plazo que al efecto se les fije, el que no podrá exceder de treinta días (conf. art. 26.6 de la ley 24.937). Producidos ambos informes finales, el Jurado de Enjuiciamiento se reunirá para deliberar debiendo resolver en un plazo no superior a veinte días (conf. art. 26.7 de la ley 24.937). El Jurado de Enjuiciamiento apreciará la prueba de los hechos relativos a la acreditación de las causales de remoción conforme al sistema de libre convicción. El fallo que decida la destitución deberá emitirse con mayoría de dos tercios de sus miembros y su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, más allá de que este último quede sujeto a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Como se observa, si bien el proceso de remoción de los magistrados involucra un juicio de responsabilidad política, existen aspectos reglados que determinan una naturaleza mixta jurídicopolítica.

III. La necesidad de resguardar el debido proceso

La dimensión política que innegablemente atraviesa a los procesos de remoción de ma-

gistrados no soslaya la necesidad de resguardar las reglas del debido proceso legal, lo que creemos debe aplicarse sobre ambas etapas (ante el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento). Esto constituye incluso una obligación con fuente en el derecho internacional de los derechos humanos, sobre el particular debemos recordar que, en relación con las garantías del debido proceso que surgen del art. 8° de la CADH, la Corte IDH se ocupó de aclarar que aquellas deben ser respetadas incluso en órbitas ajenas a la estrictamente judicial. En ese sentido, cabe mencionar que en el caso “Baena vs. Panamá” la Corte IDH señaló que el debido proceso legal debe respetarse en todas las instancias procesales donde las personas puedan ver afectados sus derechos, de modo que aquellas estén en condiciones de defenderlos adecuadamente. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (23).

La Corte IDH se ocupó incluso de aclarar que las garantías del inc. 2 del art. 8° de la CADH se aplican con igual amplitud, y por ello sostuvo que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, lo que revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no solo sobre el proceso penal (24).

Este bloque que conforman los incs. 1 y 2 del art. 8° de la CADH, involucra una serie de garantías y estándares que el Estado argentino se obligó a cumplir en el orden interno, por ejemplo, la imparcialidad e independencia del juzgador, el derecho al recurso, la posibilidad de conainterrogar a los testigos de cargo, etc. En consonancia con ello, la Corte IDH resaltó que “cuando

(23) Conf. Corte IDH. “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 123 y ss.

(24) Conf. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 124; Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28.

la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana" (25).

Esta postura tuvo su correlato en diversos aspectos no técnicamente jurisdiccionales (26) y, por supuesto, también en procesos de destitución o remoción de magistrados, en ese sentido, son explícitos los casos "Tribunal Constitucional vs. Perú" (27), "Aritz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela" (28), "Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador" (29), entre otros (30). A su vez, la aplicación de las re-

(25) Corte IDH. "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

(26) Conf. Corte IDH. "Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 123 y ss.; "Caso Yatama vs. Nicaragua". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 164; "Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 186, etc.

(27) Conf. Corte IDH. "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas". Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71 y ss.

(28) Conf. Corte IDH. "Caso Aritz Barbera y Otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 63 y ss.

(29) Conf. Corte IDH. "Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 180 y ss.

(30) la Corte IDH, en el Caso "Reverón Trujillo vs. Venezuela" interpretó que el respeto a las reglas del debido proceso también protege a los jueces provisorios (subrogantes) nombrados hasta tanto se celebren los respec-

glas del debido proceso a los mecanismos de destitución o remoción de magistrados también fue remarcado por la CSJN, cabe destacar en ese sentido los fallos "Brusa" (2003) y "Vila Llanos" (2018).

Es claro, sin embargo, que existen dificultades estructurales para conciliar aquellos estándares internacionales con el diseño organizacional y la dinámica propia de nuestro país con relación a los procesos de destitución de magistrados, en especial respecto de la independencia e imparcialidad del juzgador frente a la disciplina partidaria de los legisladores (31) (lo que se pronuncia en los juicios políticos pero también incide en los procesos de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento) y el derecho a un recurso amplio e integral frente a un sistema que no ofrece un recurso ante la decisión que destituye a un magistrado y limita sensiblemente la revisión judicial de esa decisión. Justamente este último aspecto será objeto de análisis en los apartados siguientes.

IV. Necesidad de una revisión judicial: a pesar del caso "Rico"

Siguiendo el razonamiento que impuso la propia Corte IDH en su línea jurisprudencial, la decisión de destituir a un magistrado, en tanto afecta los derechos de la jueza o juez destituido, debe satisfacer también el derecho al recurso (art. 8.2.h de la CADH). Ahora bien, frente a ello, en primer lugar debemos aclarar que, desde nuestra perspectiva, el derecho al recurso debe ser interpretado de un modo especial respecto a los procesos de remoción de magistrados, en concreto, debe tenerse en cuenta las singulares características que presentan los órganos competentes para la remoción en los diseños constitucionales respectivos (por ejemplo, en Argentina, el Jurado de Enjuiciamiento), dado que teniendo presente aquello, en muchos casos es imposible pensar en una instancia recursiva vertical (en Argentina directamente no existe un órgano creado a tal fin). Ello implica

tivos concursos, dado que esos magistrados ejercen las mismas competencias que los titulares y deben asegurarse la independencia en beneficio de los justiciables.

(31) Conf. SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, 1ª ed., p. 173.

que aquel derecho a una instancia recursiva debe encontrar satisfacción a través de la revisión judicial (de hecho, así funciona en nuestro país). Por ello, nos parece adecuado el esquema de tratamiento de la Corte IDH en el caso “Rico” cuando unifica o fusiona el análisis de la violación de los arts. 8.2.h (derecho a una instancia recursiva) y 25 (protección judicial) de la CADH, sin embargo, también debemos aclarar que esa fusión debe garantizar la vigencia del contenido de ambos derechos, cuyas perspectivas presentan autonomía.

A su vez, y siguiendo también los estándares de la Corte IDH, sería natural pensar que ese recurso (revisión judicial en términos internos) debe ser amplio e integral en los términos en que fue consagrado por la Corte IDH en el fallo “Herrera Ulloa” (32). Sin embargo, la Corte IDH, en un trato deferente con los Estados, moduló su jurisprudencia en cuanto a la revisión de la destitución de magistrados, interpretando que una revisión que se limita a controlar la vigencia del debido proceso es suficiente para garantizar el derecho a recurrir el fallo que remueve a un magistrado (33). Es decir, en esos casos no sería esencial un recurso amplio e integral —que permita revisar todos los aspectos fácticos y jurídicos de lo decidido—, sino que es suficiente un recurso que permita controlar que el proceso de remoción no haya afectado el debido proceso.

Ahora bien, nos parece que esa limitación en la revisión judicial de ninguna manera puede ser interpretada de modo que implique suprimir el derecho a recurrir la decisión de destitución del magistrado. En efecto, la discusión deberá estar centrada en el alcance del concepto de debido proceso que permite revisión judicial, pero no en la existencia misma de una revisión. Por ello nos preocupa la decisión de la Corte IDH en el caso “Rico vs. Argentina” (34).

(32) Conf. Corte IDH. “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 164-168.

(33) Conf. Corte IDH. “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 94.

(34) Corte IDH. “Caso Rico vs. Argentina”. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia del 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383.

Para explicarlo debemos recordar que en ese caso, el exjuez Rico interpuso un recurso contra la decisión de destituirlo que adoptó el Jurado de Enjuiciamiento (de la Prov. de Buenos Aires), ese recurso fue desestimado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (en adelante, también “SCJBA”) argumentando que el Jurado de Enjuiciamiento constituye un órgano especial e independiente que ejerce atribuciones de carácter político atinente a la responsabilidad de quienes están sometidos a él, por lo que consideró que lo decidido por aquel “escapa al contralor judicial”. A pesar de esa respuesta, la Corte IDH no consideró vulnerado el derecho a recurrir el fallo, empleando para ello una singular “pirueta” que limitó su análisis a la supuesta efectividad genérica de los recursos empleados por Rico (conf. párrs. 84 y 88-99).

Es que para ser consecuente con su propia doctrina, la Corte IDH debió considerar vulnerado el derecho a recurrir el fallo (aun cuando lo haga en el marco del análisis del art. 25), dado que para satisfacer aquel derecho debía existir una instancia revisora que analice razonadamente los aspectos cuestionados por el recurrente y ello no existió, ni en el recurso ante la SCJBA (que interpretó que la cuestión “escapa al contralor judicial”) ni mediante el recurso extraordinario federal (en adelante, también “REF”) y su queja, que se limitaron a afirmar genéricamente que no se acreditó violación al debido proceso. Sorprende entonces la decisión de la Corte IDH, que, con un razonamiento contradictorio, anuncia que realizará un análisis en concreto de lo ocurrido (conf. párr. 89) pero luego se limita a justificar la efectividad abstracta de los recursos judiciales utilizados por Rico a partir de señalar que la jurisprudencia de la CSJN demuestra que las decisiones de los Jurados de Enjuiciamiento configuran una “cuestión justiciable” (conf. párr. 95). Toda una entelequia confusa y contradictoria, que se apoya en párrafos abstractos y genéricos para justificar la conducta del Estado a pesar de la evidente y concreta ausencia de una instancia revisora (35).

(35) Cabe aclarar que aún en la interpretación de que la destitución del Juez Rico haya sido justificada (justicia material), extremo que no analizamos, la falta de satisfacción del derecho a recurrir el fallo, desde nuestra pers-

Además, lo decidido en “Rico” es contrario a lo resuelto por la misma Corte IDH en el caso “Colindres Schonenberg vs. El Salvador” (36) durante el mismo año (2019), donde señaló que frente a un recurso judicial que impugna la remoción de magistrados, la autoridad competente debe examinar las razones invocadas por el demandante y pronunciarse en torno a ellas, es decir, no puede reducirse a una mera formalidad y omitir argumentos de las partes, ya que debe examinar sus razones y manifestarse sobre ellas (párr. 109). Concretamente analizó que “la Sala de lo Constitucional no realizó un análisis de las alegadas violaciones al debido proceso, en virtud de que consideró que no es una instancia para revisar el criterio de la Asamblea Legislativa en cuanto las actuaciones procedimentales en aplicación directa de la Constitución. La Corte considera que la Sala de lo Constitucional se encontraba obligada a realizar una adecuada revisión judicial de los hechos reclamados como violatorios por la presunta víctima, lo cual implicaba examinar los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre el procedimiento de destitución llevado a cabo por la Asamblea Legislativa. Este análisis... debía abarcar si realmente se le garantizó dicho derecho. Este Tribunal encuentra que al no realizar un análisis sobre si se vulneraron los derechos constitucionales y convencionales en juego, la Sala de lo Constitucional desasoció el derecho sustancial del derecho procesal, impidiendo así analizar el objeto principal de la controversia. En este sentido, la Corte concluye que la falta de revisión judicial suficiente sobre la actuación de la Asamblea Legislativa por parte de la Sala de lo Constitucional trajo como consecuencia la falta de efectividad de la acción de amparo” (párr. 110).

En el marco de lo analizado, y aún en la singular lógica impuesta por el fallo “Rico”, tomando en cuenta el modelo del derecho al recurso que surge de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos (que incluye no solo el sistema interamericano sino también

pectiva, no puede ser compensada por aquello, en tanto se trata de un derecho autónomo.

(36) Conf. Corte IDH. “Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párrs. 101-113.

el sistema de la ONU), es necesario que el Estado argentino realice los mejores esfuerzos para garantizar canales de revisión de los fallos destitutorios que permitan un margen razonable de control judicial, dado que sin este último seguramente no existirán los necesarios criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia.

V. La revisión judicial de la destitución en Argentina: la vía del REF

En nuestro país durante largos años lo resuelto por los órganos competentes para remover a magistrados engrosaba la lista de las denominadas cuestiones no justiciables, quedando al margen de toda revisión judicial, ello ocurrió también en el ámbito nacional. Asimismo, se interpretó que las decisiones que disponían la remoción de un magistrado del PJN no eran susceptibles de ser revisadas por la CSJN debido a la ausencia de recaudos propios del REF. Con el tiempo, esas doctrinas empezaron a ceder en la propia Corte Suprema, primero respecto de remociones de magistrados provinciales, donde comenzó a señalar que el proceso de remoción de magistrados provinciales no queda completamente al margen del control judicial, siendo necesario que la vía judicial pueda resguardar la regularidad del procedimiento que determinó la destitución (37). Lo resuelto con respecto al ámbito provincial, de algún modo, permitió allanar el camino para llegar a la solución que se adopta en el caso “Nicosia” (38) respecto a la revisión de lo decidido por el Senado de la Nación como “juzgador” del desempeño de los jueces federales (39), donde se ratificó que los procesos de remoción de magistrados están protegidos por la garantía de la defensa en juicio (art. 18, CN) y cuando exista violación a dicha garantía que irroque un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos, de estar reunidos los

(37) ROSALES CUELLO, Ramiro - MONTERISI, Ricardo D., “El debido proceso legal y la interpretación del art. 115 CN (a propósito del fallo de la Corte Suprema en el caso ‘Brusa’)”, JA, cita online: 0003/010559.

(38) CSJN, 09/12/1993, “Nicosia, Alberto O.”, Fallos 316:2940.

(39) ROSALES CUELLO, Ramiro - MONTERISI, Ricardo D., “El debido proceso legal y la interpretación del art. 115 CN (a propósito del fallo de la Corte Suprema en el caso ‘Brusa’)”, JA, cita online: 0003/010559.

restantes recaudos de habilitación judicial, puede y debe ser reparada por los jueces de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución y con arreglo al control de constitucionalidad judicial.

Esa doctrina aperturista de la Corte Suprema, en salvaguarda del estratégico derecho al debido proceso, pretendió ser silenciada a través de la reforma del año 1994 respecto del enjuiciamiento de los magistrados inferiores a los de la Corte Suprema. En concreto, el art. 115 de la CN dispuso que lo decidido por el Jurado de Enjuiciamiento —órgano encargado de la remoción de dichos jueces—, es irrecurrible. Sin embargo, y ya bajo la vigencia de la citada norma, en el fallo “Brusa” (40) la Corte Nacional ratificó que, pese a la “irrecurribilidad” prevista por la CN, la regularidad del procedimiento de destitución no quedaba a la vera del control judicial. Lo hizo intentando armonizar la irrecurribilidad del art. 115 de la CN con las normas pertinentes de la CADH (arts. 8° y 25), a partir de allí señaló que no cabe interpretar de manera absoluta la irrecurribilidad consagrada por el art. 115 de la CN pues, conforme la interpretación de la Corte IDH, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1.). No obstante, la CSJN aclaró que queda irrecurrible el veredicto del Jurado en cuanto al fondo del asunto, esto es, si la conducta de un magistrado justifica o no su remoción (41). Por lo tanto, la CSJN no podría sustituir el criterio del Jurado en cuanto a lo sustancial del enjuiciamiento, pero sí podrá revisar, por vía del recurso extraordinario, las violaciones —nítidas y graves— a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio (42).

A la luz de ello, Santiago señala que la naturaleza mixta jurídico-política de los procesos de

remoción de magistrados hace necesario distinguir, en ellos, entre aspectos reglados y aspectos discrecionales. Los aspectos reglados se refieren fundamentalmente a la estructura general de la institución (sujetos, causales, órgano de acusación, tribunal que dicta el fallo, mayorías requeridas, etc.) y a las normas de procedimiento que deben respetar los contenidos esenciales del derecho de defensa en juicio. La discrecionalidad del tribunal radica fundamentalmente en el criterio con que aprecia si ha acreditado o no la causal de remoción expuesta en el acto de acusación y si corresponde o no destituir al acusado. Estos últimos aspectos del fallo son discrecionales e irrevisables, no obstante, aclara que esa discrecionalidad no puede significar en ningún caso arbitrariedad (43).

Respecto de los jueces del Poder Judicial de la Nación, la CSJN interpretó que la vía para provocar dicha revisión es directamente el recurso extraordinario federal y solo es admisible contra la decisión definitiva de remover al magistrado (*Fallos* 327:2048). La interpretación es que el REF constituye el medio adecuado del que deben valerse los magistrados cuando consideran, y logran acreditarlo, que en su proceso de remoción no se han respetado las garantías constitucionales. Ello se relaciona con la eficacia que se atribuye al REF como medio suficiente para resguardar el derecho a “un recurso efectivo” garantizado en el art. 25 de la CADH (44), siempre y cuando quien lo interponga demuestre en forma nítida, inequívoca y concluyente el grave menoscabo a las reglas del debido proceso (45). Además, se interpretó que se estaría en presencia de una neta cuestión federal, toda vez que se pretende poner en juego la inteligencia del art. 18 de la CN.

En ese sentido, y a los efectos de la admisibilidad del REF, la CSJN consideró que el Jurado

(43) Conf. SANTIAGO, Alfonso, “La responsabilidad judicial en los albores del siglo XXI. ¿Qui Custodiat Ipse Custodes?”, en VIGO, R. L.- GATTINONI DE MUJÍA, M. (Dirs.), *Tratado de derecho judicial*, cit., pp. 783-784.

(44) Conf. ROSALES CUELLO, Ramiro - MONTERISI, Ricardo D., “El debido proceso legal y la interpretación del art. 115 CN (a propósito del fallo de la Corte Suprema en el caso ‘Brusa’)”, JA, cita online: 0003/010559.

(45) Conf. CSJN, 11/12/2003, “Brusa, Víctor H.”, Fallos 326:4816.

(40) CSJN, 11/12/2003, “Brusa, Víctor H.”, Fallos 326:4816.

(41) Conf. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional”, ob. cit., p. 449. Ver: CSJN, 06/03/2007, “Muratore”, Fallos 330:452.

(42) Conf. CSJN, 11/12/2003, “Brusa, Víctor H.”, Fallos 326:4816.

de Enjuiciamiento actúa como un órgano equiparable a un tribunal de justicia y que la decisión destitutoria es equivalente a un “fallo” (46), lo que permite advertir una función atípica del REF y demuestra su ductilidad para garantizar una revisión judicial frente a la destitución. Se aprecia entonces cómo los estándares internacionales pueden provocar que el REF deba adecuar o flexibilizar su silueta para lograr tutelar derechos en el plano interno.

VI. Aspectos que autorizan la revisión judicial

En primer lugar debemos resaltar que los precedentes de la CSJN sobre la materia exhiben un concepto restringido del debido proceso, cabe recordar que en diversas oportunidades señaló que lo atinente a la subsunción de los hechos en las causales de destitución y la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado al juicio de remoción, constituyen ámbitos ajenos a la revisión judicial (47), por ello Sagüés señaló que resulta curioso que la Corte Suprema argentina haya admitido pretorianamente que el debido proceso constitucional y la defensa en juicio exigen, además de que el interesado sea oído, pueda ofrecer y producir prueba y discutir la de la contraria, que al final de ese trámite exista una sentencia razonable, vale decir, no arbitraria, lo que importa calificar a los fallos arbitrarios en su contenido, como inconstitucionales; mientras que respecto de los procesos de remoción de magistrados interpreta que la cuestión de la razonabilidad intrínseca del veredicto destitutorio no puede ser objeto de revisión judicial. En ese sentido aclara que, si la resolución destitutoria fuere por su contenido arbitraria, y por ende inconstitucional, ello lesionaría (según la doctrina judicial corriente de la Corte argentina) igualmente al debido proceso y al derecho de defensa en juicio del incul-

(46) Conf. CSJN, 11/12/2003, "Brusa, Víctor H.", Fallos 326:4816.

(47) Conf. CSJN, 06/03/2007, "Muratore, Roberto E.", Fallos 330:452. Ver también: BIDART CAMPOS, Germán J., "Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable", LA LEY, 1996-C, 535.

pado, y ese vicio también debería entonces ser atendido y resuelto por la Corte Suprema (48).

En esa misma línea, Rosales Cuello y Monterisi señalaron que el debido proceso abarca también la debida motivación de la sentencia, dado que una sentencia o decisión irrazonable es inconstitucional y por ello es por lo que debe estar sujeta al control de la judicatura (refiriéndose al debido proceso sustantivo) (49). Por su parte, Laplacette señala que el derecho de defensa en juicio se integra con el dictado de una sentencia razonable, y no podrá considerarse respetado el derecho de defensa cuando se advierta que la destitución se funda en circunstancias que no pueden ser consideradas mal desempeño (50).

En ese marco, consideramos que debe buscarse un estándar superador, que, sin desnaturalizar el sistema diseñado por la CN, amplíe el actual criterio restrictivo de la CSJN sobre la revisión judicial de los procesos de remoción de magistrados, dado que la combinación de un concepto amplio de “mal desempeño” más la existencia de una mayoría política suficiente y la irrevisibilidad señalada, puede afectar el principio de inamovilidad de los magistrados.

Desde ese enfoque, a nuestro parecer la revisión judicial debe estar autorizada cuando en el proceso de remoción se afecten las garantías del debido proceso y especialmente lo que concierne al derecho de defensa —que le es inherente— (51). Respecto de los contornos del concepto de debido proceso que debe resguardarse a través de la revisión judicial de un veredicto de destitución, estando involucrada

(48) Conf. SAGÜÉS, Néstor P., "Revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el juicio político", LA LEY, 2006-C, 1335.

(49) Conf. ROSALES CUELLO, Ramiro - MONTERISI, Ricardo D., "El debido proceso legal y la interpretación del art. 115 CN (a propósito del fallo de la Corte Suprema en el caso 'Brusa')", JA, cita online: 0003/010559. En igual sentido, Conf. SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Derecho Constitucional", ob. cit., p. 449.

(50) Conf. LAPLACETTE, Carlos J., "El proceso de juicio político y su control judicial", en MANILLI, Pablo L. (dir.), Tratado de derecho procesal constitucional, Buenos Aires, LA LEY, 2010, 1ª ed., T. IIº, p. 518.

(51) Conf. CSJN, 09/12/1993, "Nicosia, Alberto O.", Fallos 316:2940.

la “inviolabilidad” de la “defensa en juicio de la persona y de los derechos”, consagrada en el art. 18 de la CN, consideramos que deberían incluirse allí los estándares de protección que se proyectan desde el texto y el espíritu del art. 18 de la CN (52), incluida la razonabilidad de la sentencia, sin perjuicio de exigir que la violación sea “manifiesta” o “flagrante” (53). Desde esa perspectiva, se afectaría el debido proceso y el derecho de defensa, por ejemplo, cuando no se haya permitido al magistrado destituido producir prueba pertinente, cuando fuera removido por “hechos” nítidamente ajenos a la acusación (54), cuando la decisión carezca de motivación, etc.

En otro plano, y siguiendo las palabras de la CSJN, la infracción de los recaudos constitucionales que hacen a las formas que debe seguir el enjuiciamiento o el ejercicio irregular de las condiciones bajo las cuales es concedido el poder de juzgar, también puede autorizar la revisión judicial (55). En ese sentido, Bidart Campos señala que queda bajo control judicial todo lo referido a requisitos, formas, condiciones y competencia del órgano que decide la destitución (56). Desde esa perspectiva, interpretamos que, por ejemplo, podría descalificarse en sede judicial una decisión que removió a un magistrado por una mayoría inferior a la dispuesta por la norma o que excedió la competencia que la CN otorgó al Jurado de Enjuiciamiento.

Por su parte, creemos que existe un tercer orden de aspectos que permiten la revisión judicial, y que se vinculan con el respeto a ciertos

(52) Considero que de ese modo se logra un punto de equilibrio razonable entre el derecho a recurrir y las limitaciones recursivas dispuestas en la CN, demostrando el Estado argentino haber realizado los mejores esfuerzos para satisfacer aquel.

(53) Conf. CSJN, 06/03/2007, "Muratore, Roberto E.", Fallos 330:452.

(54) Conf. CSJN, 09/12/1993, "Nicosia, Alberto O.", Fallos 316:2940 (más allá de que en ese precedente no se interpretó configurado el vicio).

(55) Conf. CSJN, 09/12/1993, "Nicosia, Alberto O.", Fallos 316:2940.

(56) Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., "Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable", LA LEY, 1996-C, 535.

principios o criterios de valoración vigentes y específicos del proceso de remoción de magistrados. Así, por ejemplo, a nuestro criterio podría revisarse la remoción de un magistrado cuando se funda exclusivamente en una sola falta y de carácter claramente leve (*v.gr.*: no asistir al despacho un día sin que ello haya producido consecuencias de gravedad). En ese mismo orden, el caso que a nuestro criterio merece una atención especial se concreta cuando la destitución obedece al contenido de un fallo (o más) que dictó el magistrado removido, es que constituye un criterio propio y específico de los procesos de remoción de magistrados que la interpretación que los jueces hacen de las normas jurídicas en sus sentencias y los criterios u opiniones que expresan en sus fallos no puede dar lugar a la remoción, salvo que las consideraciones vertidas en sus sentencias constituyan delitos o traduzcan una evidente ineptitud que los inhabilite para el desempeño del cargo (57). Santiago señala que los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones, salvo en los supuestos de desvío de poder o de error judicial reiterado o con consecuencias gravísimas (58).

En complemento con ello, se sostuvo que el supuesto error en un fallo no constituye causal de remoción de los magistrados, pues la tarea de juzgar no está exenta de tal posibilidad. En efecto, el error de derecho está previsto en el sistema judicial y para remediarlo existen las vías recursivas a fin de revisar y enmendar, si correspondiere, las decisiones de los magistrados (59). En ese mismo sentido, la Corte IDH señaló que “el derecho internacional ha formulado pautas sobre las razones válidas para proceder a la suspensión o remoción de un juez, las cuales pueden ser, entre otras, mala conducta o incompetencia. Ahora bien, los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o re-

(57) Conf. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", ob. cit., p. 515.

(58) Conf. SANTIAGO, Alfonso - LINDE, Gustavo, "La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias", LA LEY 2015-E, 361.

(59) Conf. Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, "Bustos Fierro, Ricardo", 26/04/2000, cita online: AR/JUR/5876/2000.

visión de un órgano judicial superior. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones" (60).

La posibilidad de revisión judicial frente a la destitución de un magistrado por el contenido de sus sentencias, se puede inferir del fallo de la CSJN en el caso "Freidenberg" (61) (si bien se trata de una magistrada provincial, las consideraciones allí planteadas resultan aplicables al régimen federal), donde, en el marco de un reenvío, la CSJN otorga entidad a impugnaciones realizadas por la magistrada removida contra la decisión que la destituyó, a pesar de que sus agravios planteaban la ausencia de un verdadero juicio de subsunción por parte del órgano que la removió. Esa sentencia de la CSJN provocó un nuevo estudio por parte de la Corte Tucumana, quien luego consideró que los fundamentos para la remoción de la jueza Freidenberg se sustentaron en una diferente interpretación del régimen legal de ejecución de la pena privativa de la libertad, lo que en el caso implicó una vio-

(60) Corte IDH. "Caso Aplitz Barbera y Otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 84.

(61) Conf. CSJN, 12/08/2008, "Freidenberg de Ferreira, Alicia Beatriz vs. Honorable Legislatura de Tucumán", 12/08/2008, Fallos 331:1755, consids. 6-7.

lación al principio de independencia del Poder Judicial y de la garantía de la inamovilidad (62).

En efecto, la posibilidad de revisar judicialmente una decisión de remover a un magistrado por el contenido de sus fallos es clave para conformar un sistema de remoción razonable, dado que solo de ese modo se logrará que los procesos de remociones no solo se ajusten a un mínimo conjunto de estándares de procedimiento, sino que, además, en ellos existan criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia (63).

(62) Conf. CSJT, 30/10/2009, "Freidenberg, Alicia vs. Estado Provincial (Honorable Legislatura)", cita online AR/JUR/40789/2009. Allí señaló que las decisiones relativas a la subsunción de los hechos en las causales de remoción, no son revisables, sin embargo, agregó que "esta regla debe conjugarse con la garantía que en jurisdicción provincial establece el citado art. 98 de la CPT, orientada a proteger la permanencia de los magistrados en sus cargos mientras dure su buena conducta; que en un sistema republicano de gobierno garantiza, a su vez, la independencia del Poder Judicial" y agregó que "La garantía de inamovilidad de los jueces, subordinada a la "buena conducta" del magistrado, constituye un valladar constitucional que opera como límite para la formulación de aquel juicio discrecional de naturaleza política, privativo del Tribunal de Enjuiciamiento".

(63) Conf. Corte IDH. "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs. 200-206.

JURISPRUDENCIA

RESTRICCIÓN DE DERECHOS EN LA PANDEMIA

Situación en los centros de aislamiento de la provincia de Formosa. Pedido de informes. Cuestión de competencia. Facultades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. — Aun ante el escenario de emergencia que se verifica en el marco del COVID-19, las medidas que se adopten para hacer frente a la pandemia y conlleven la regulación de derechos fundamentales deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. La restricción a la libertad corporal debe satisfacer exigencias de razonabilidad.
2. — Se requiere a la provincia de Formosa que informe a la Corte Suprema —en el plazo de tres días— acerca de la desactivación de un centro de atención sanitaria “Estadio Polideportivo Cincuentenario”; si subsisten en actividad otros centros de internación que funcionen bajo las mismas condiciones que aquel; sobre los protocolos para la protección de derechos humanos que deben respetar las autoridades provinciales que controlan y aplican la regulación sanitaria, incluso respecto de quienes cumplan cuarentenas domiciliarias.
3. — Se exhorta al gobierno de la provincia de Formosa sobre la necesidad de llevar a cabo el control y prevención de la propagación del virus COVID-19 con arreglo a los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos, así como también acerca del deber impostergable que pesa sobre los tribunales de justicia de todo el país, en el marco de sus respectivas competencias, de brindar efectivo amparo a las personas cuyos derechos se ven amenazados o han sido ya vulnerados.
4. — Dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, en forma excepcional y con carácter previo a dirimir el conflicto

de competencia planteado, la Corte Suprema, en su condición de custodio último de las garantías constitucionales, estima que es prioritario requerir información actualizada sobre la situación denunciada con relación a los centros de aislamiento preventivos de la provincia de Formosa y encomendar a las autoridades públicas correspondientes que lleven a cabo las gestiones necesarias, para que —en el contexto de la emergencia declarada por la propagación del virus COVID-19— sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos (art. 36, inc. 4º, del Cód. Proc. Civ. y Com.).

5. — Los aspectos fácticos descriptos en el hábeas corpus colectivo involucran valores centrales de nuestra Constitución, como lo son la protección a la libertad y a los derechos humanos en general, en circunstancias tales que justifican un tratamiento excepcional por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; más aún en cuanto la denuncia comprende a sujetos de tutela constitucional específica, como lo son las mujeres, niños y niñas (art. 75, inc. 23, CN).
6. — Las libertades civiles pueden estar sujetas a restricciones y a regulaciones, pero estas deben ser razonables con relación a su objeto y adoptadas en interés de la comunidad, pues no sería constitucionalmente válido si a través de disposiciones arbitrarias se pudiera subvertir la noción de esas libertades.

CS, 25/02/2021. - Petcoff Naidenoff, Luis s/ incidente de inhibitoria.

[Cita on line: AR/JUR/953/2021]

FRE 000036/2021/2/CS001

Dictamen del Procurador General de la Nación interino:

El 27 de enero pasado la juez de feria a cargo del Juzgado de Instrucción y Correccional n° 2 de Formosa hizo lugar al planteo de incompetencia por inhibitoria presentado por la Fiscalía

de Estado provincial y, en consecuencia, exhortó al Juzgado Federal n° 2 de esa sección a que se inhibiera de conocer en el expediente FRE 36/2001, caratulado “Petcoff Naidenoff, Luis s/hábeas corpus”.

La juez federal rechazó el planteo en acatamiento de la sentencia dictada en la misma fecha por la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal que declaró la competencia federal hasta entonces negada por los jueces de las instancias anteriores para conocer en esta acción de hábeas corpus.

Al tomar conocimiento de lo decidido, la juez local solicitó a su par federal la elevación del expediente principal a la Corte Suprema para que se dirimiera la cuestión en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto ley 1285/58, lo que así fue cumplido.

Advierto, en primer lugar, que el conflicto no se ha trabado en forma correcta, pues de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, si ha sido una cámara la que tomó la decisión sobre la competencia objeto de la cuestión, es ese tribunal el que debió considerar el planteo inhibitorio y no el juez de primera instancia (conf. Fallos: 312:1624; 326:1644; 327:269).

Asimismo, y también según conocidos principios que rigen la materia, es necesario que con carácter previo a determinar la competencia sean resueltas las apelaciones pendientes (Fallos: 327:3898; 328:318; y el dictamen de esta Procuración General en el expte. CCF 4485/2018/CS1, del 8 de julio de 2020) y, en este sentido, surge del informe que acompaño al presente que la decisión de la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal aludida por la señora juez federal ha sido impugnada por la Fiscalía de Estado de la provincia de Formosa, pese a haber promovido de manera simultánea el planteo de inhibición que originó esta contienda.

Además, el tribunal local no ha cumplido con la manda de elevar a la Corte todos los antecedentes de lo actuado ante sus estrados, omisión que priva a la Corte de información indispensable para resolver la cuestión, en especial cuando la propia juez formoseña refiere en el punto II) de la inhibitoria requerida que

el 22 de enero último habría rechazado la acción de hábeas corpus, pese a que entonces se encontraba pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto contra la decisión de la Cámara Federal de Resistencia que había confirmado la declinación de competencia a favor de la justicia provincial resuelta por la juez de sección, y ello supondría una contradicción con la doctrina según la cual la resolución sobre la competencia para juzgar un hecho es presupuesto para el dictado de la que recaiga sobre el fondo del pleito (conf. Fallos: 316:3122; 321:248; 330:4260).

Por lo tanto, entiendo que en las condiciones señaladas la Corte se encuentra impedida de pronunciarse en el caso. Buenos Aires, 4 de febrero de 2021. – *Eduardo Ezequiel Casal*.

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021

Considerando:

1°) Que las presentes actuaciones llegan a esta Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del conflicto positivo de competencia suscitado entre la justicia federal y la justicia provincial de Formosa en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58.

Ambas jurisdicciones entendieron que son competentes para examinar la situación denunciada en el marco del hábeas corpus colectivo iniciado por Luis Carlos Petcoff Naidenoff en representación de un grupo de personas, tanto adultas como menores, que se hallan alojadas en los centros de aislamiento por COVID-19 existentes en la provincia, las que recibirían un trato inhumano por parte de las autoridades locales que gestionan dichos establecimientos. A su vez, invocando el precedente de esta Corte Suprema en el caso “Rivera Vaca” (Fallos: 332:2544), el actor impulsó en el marco del hábeas corpus alcanzar al grupo amparado trascendiendo a las personas particulares que pudieran integrarlo en un momento determinado.

En particular, denunció las condiciones de alojamiento en el estadio Cincuentenario de la ciudad de Formosa —el cual está catalogado como centro de atención y aislamiento para casos leves, asintomáticos y sospechosos— cuyas

instalaciones no cumplirían con los estándares mínimos de salubridad e higiene. Posteriormente, amplió su objeto para incluir a personas alojadas en la Escuela n° 42, la Escuela n° 19, y en el Colegio Gobernador Juan José Silva, en similares condiciones de aislamiento.

Describió el trato indigno al que —según afirmó— son sometidas las personas que deben permanecer en los centros de alojamiento y aislamiento bajo estricto control policial y, en algunos supuestos, por tiempo indeterminado. Resaltó, entre otras circunstancias, que los espacios de encierro no tienen ventilación, que no se respeta el distanciamiento de dos metros entre personas, ni se garantizan las más mínimas condiciones de higiene y salubridad. Agregó que allí se deben tolerar “los reflectores prendidos casi las 24 hs para evitar cualquier situación indeseable, ya que como dijimos en un estadio de básquet/vóley devenido en centro de atención y aislamiento, con fuerte presencia policial profundiza el temor y angustia a los allí alojados” (cf. escrito de interposición de hábeas corpus).

Alertó que tales condiciones exponen a los alojados a una mayor posibilidad de contagio de COVID-19, toda vez que el Estado provincial obliga a compartir un mismo espacio a cientos de personas (de distintas edades y sexos), algunas de ellas con PCR positivo para COVID-19 y otras a la espera de los resultados o —incluso— con PCR negativo.

Entre las distintas situaciones puntuales denunciadas, identificó el caso de una niña que, tras recibir un resultado positivo de COVID-19, tuvo que permanecer siete días separada de su grupo familiar de los al menos diecisiete días que estuvo aislada. La trabajadora social que la entrevistó transmitió que la niña de 16 años había planteado que “por qué ella sigue allí, sola, sin ningún familiar siendo menor de edad” (cf. caso 1 de la presentación de hábeas corpus).

También incluyó el relato de una madre que sospecha que su bebé contrajo COVID-19 en el centro de alojamiento pues después de un primer examen con resultado negativo efectuado al llegar al mencionado centro, le realizaron un segundo análisis a su hijo, esta vez, con re-

sultado positivo. La madre relató que el espacio se encuentra “pobremente separado/dividido con lonas, no hay ventilación ni cambio de aire frente a las altas temperaturas que se deben soportar ahí” y que “siente mucho temor por estar conviviendo con personas totalmente desconocidas y rodeadas de policías” (cf. caso 6 de ampliación de hábeas corpus).

A su vez, relató la experiencia de una madre y sus hijos que narran que “el día jueves 7 de enero la policía se apersonó en el domicilio de los antes mencionados cerca de las 3 AM y los llevaron para hisoparse” con fundamento en que uno de ellos era considerado contacto estrecho de una persona cuyo diagnóstico era positivo de COVID-19; describieron, según apuntó, que “las puertas y ventanas están trabadas, los baños están en muy malas condiciones de higiene, no sale agua, los inodoros están rotos” y expresaron que tienen “mucho miedo porque todo el tiempo traen gente nueva algunas con covid positivo y que los mezclan a todos en una misma pieza” (cf. caso 14 de la ampliación de hábeas corpus).

En concreto, el hábeas corpus interpuesto denunció las condiciones de alojamiento como inhumanas y sostuvo que las medidas descriptas serían derivaciones de la decisión de las autoridades de la Provincia de Formosa de no permitir que las personas asintomáticas, leves o con contactos estrechos efectúen los aislamientos en sus domicilios particulares. Afirmó que, al obligarlas a cumplir la cuarentena en los centros de aislamiento —y en las condiciones mencionadas—, se violan garantías constitucionales fundamentales al tiempo que se desconocen las recomendaciones sobre aislamiento del Ministerio de Salud de la Nación.

2°) Que el 27 de enero pasado la jueza de feria a cargo del Juzgado de Instrucción y Correccional n° 2 de Formosa hizo lugar al planteo de incompetencia por inhibitoria presentado por la Fiscalía de Estado provincial y, en consecuencia, exhortó al Juzgado Federal n° 2 de esa sección para que se inhiba de conocer en el expediente FRE 36/2021, caratulado “Petcoff Naidenoff, Luis s/ hábeas corpus”.

Por su parte, la jueza federal rechazó el planteo en acatamiento de la sentencia dictada en

esa misma fecha por la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal que —por mayoría— había declarado la competencia federal hasta entonces negada por los jueces de las instancias anteriores; para conocer en esta acción de hábeas corpus, con base en: 1) lo decidido por esta Corte en la causa “Lee, Carlos Roberto y otro” (Fallos: 343:1704); 2) que las medidas dictadas por la autoridad provincial responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la política pública sanitaria establecida durante la pandemia por el Poder Ejecutivo Nacional; y 3) la —a su entender— naturaleza federal del delito previsto y reprimido en el artículo 205 del Código Penal de la Nación, invocado por el presentante.

Al tomar conocimiento de lo decidido, la jueza local solicitó a su par federal la elevación del expediente a la Corte Suprema para que se dirima la cuestión en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58, lo que así fue cumplido.

A la situación precedentemente descrita, corresponde agregar que el 22 de enero de 2021 se dictó una resolución en la jurisdicción provincial rechazando el hábeas corpus presentado. Por otra parte, y luego de resistir la inhibitoria de la magistrada local, la señora jueza del Juzgado Federal n° 2 de Formosa declaró abstracto el hábeas corpus iniciado en favor de las personas individualizadas en el escrito de inicio al evaluar que, de los informes presentados en la causa y del propio testimonio de algunos de los beneficiarios, se desprendía que ninguno de ellos se encontraba alojado a esa altura de los acontecimientos en los centros de alojamiento de la provincia; también desestimó la legitimación para representar a un colectivo indefinido en los términos de la ley 23.098 y del artículo 43 de la Constitución Nacional. Esta decisión fue, sin embargo, revocada en el ámbito de la Cámara Federal de Resistencia el 12 de febrero de este año.

Por último, no debe soslayarse que la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal en materia de competencia ha sido cuestionada por recurso extraordinario federal, que fue denegado, decisión que aún no se encuentra firme.

3°) Que una vez que el incidente de conflicto de competencia se encontraba radicado en esta Corte, la Fiscal de Estado de la Provincia de Formosa hizo saber al Tribunal nuevas circunstancias que a su entender guardaban estrecha relación con el objeto del hábeas corpus colectivo interpuesto.

Así, el pasado 5 de febrero la representante de la provincia manifestó que se habían adoptado nuevas medidas sanitarias para la prevención del virus del COVID-19 y acompañó la resolución 151 del Ministro de Comunidad A/C del Ministerio de Desarrollo Humano que, en atención a “la evolución epidemiológica” de la provincia, había aprobado nuevos protocolos que modificaban las condiciones de aislamiento. En concreto, los nuevos protocolos si bien mantienen, en términos generales, que las condiciones de aislamiento deben ser cumplidas en centros de alojamiento habilitados a ese efecto, también permitirían a ciertas personas realizar cuarentenas en sus domicilios siempre y cuando una previa evaluación socioambiental así lo autorice.

Asimismo, el 11 de febrero, se presentó nuevamente la Fiscal de Estado y comunicó que el Centro de Atención Sanitaria “Estadio Polideportivo Cincuentenario” fue habilitado ante la irrupción de brotes de contagios en diferentes localidades de la provincia y funcionó durante las primeras semanas del corriente año. Agregó que en este Centro se llegó a internar a 200 pacientes asintomáticos o con síntomas leves de COVID-19. Por último, hizo saber al Tribunal que, ante la reducción de los contagios, circunstancia que adjudicó a la decisión de imponer la cuarentena preventiva y obligatoria en el Estadio Polideportivo, este centro de alojamiento fue desactivado, no permaneciendo a esa fecha ninguna persona allí alojada.

4°) Que el señor Procurador General de la Nación interino, al conferirse vista en los términos de la Ley del Ministerio Público Fiscal, manifestó la imposibilidad de expedirse con relación al conflicto de competencia suscitado.

Según la opinión fiscal, se identificaron tres óbices que le impedirían emitir un dictamen sobre el asunto.

En primer término, señaló que la contienda positiva no se halla correctamente trabada, pues debió darse intervención a la Cámara Federal de Casación Penal para que ese órgano sostenga la decisión de declarar la competencia de la justicia federal.

En segundo lugar, advirtió que existe una apelación pendiente de resolución, respecto de la decisión de asignar el conocimiento del asunto a la justicia federal, ya que ello fue cuestionado por vía de recurso extraordinario por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Formosa. Para ello, invocó la jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de resolver las apelaciones antes de dirimir las contiendas de competencia.

Finalmente, indicó que, aun cuando son necesarios para dirimir el conflicto competencial, no cuenta con los antecedentes producidos en sede de la justicia local de Formosa para admitir la inhibitoria introducida por la Fiscalía de Estado de la Provincia.

5°) Que los aspectos fácticos descriptos en el hábeas corpus colectivo involucran valores centrales de nuestra Constitución, como lo son la protección a la libertad y a los derechos humanos en general, en circunstancias tales que justifican un tratamiento excepcional por parte de esta Corte. Más aún en cuanto la denuncia comprende a sujetos de tutela constitucional específica, como lo son las mujeres, niños y niñas (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional).

En este sentido, en 1984, al resolver el caso “Fiorentino” en el marco del restablecimiento de la democracia constitucional, se recordaron los principios políticos republicanos que inspiraron la Constitución de 1853, esto es, que sus artículos 18 y 19 contenían la salvaguarda del fundamento último del Estado republicano: la más plena tutela de la libertad personal (Fallos: 306:1752, voto del juez Petracchi, considerando 5°). En esa ocasión se destacaron las palabras de Alberdi, quien señaló que “escritos o no, hollados o respetados, se pueden reputar principios conquistados para siempre por la revolución republicana y esculpidos en la conciencia de las poblaciones, los siguientes... la libertad de su persona, la inviolabilidad de la vida, de la casa, de la

dignidad” (Juan Bautista Alberdi, “Derecho Público Provincial Argentino”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 55).

En efecto, la libertad física, cuyo alto valor se funda en reiterados pasajes de la Constitución Nacional (Preámbulo, artículos 14, 15 y 18; artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos VIII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 9° y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 9° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros), opera como un derecho basal, presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, para cuya regulación el constituyente ha requerido el cumplimiento de exigencias específicas, aplicables incluso en emergencia.

En esta inteligencia, las libertades civiles pueden estar sujetas a restricciones y a regulaciones, pero estas deben ser razonables en relación a su objeto y adoptadas en interés de la comunidad, pues no sería constitucionalmente válido si a través de disposiciones arbitrarias se pudiera subvertir la noción de esas libertades.

6°) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la com-

parte, que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció con posterioridad las “Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID-19”, cuyo apartado 14 establece que “[e]n el caso de que se requiera realizar un período de aislamiento físico o cuarentena para las personas con COVID-19, las personas tienen el derecho a ser informadas sobre la naturaleza, necesidad y condiciones donde se la realizaría, incluyendo a sus familiares. Cuando los Estados habiliten ambientes destinados a este objeto deberán velar por que sean adecuados con acceso a instalaciones sanitarias” (resolución 4/2020 de la citada Comisión).

En esa línea, el Comité de Derechos del Niño, en su declaración del 8 de abril de 2020, ha advertido sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños y ha formulado un llamado a los Estados para proteger sus derechos, incluyendo en su pedido el liberar a los niños de todas las formas de detención o encierro, siempre que sea posible, y proporcionar a los niños que no pueden ser liberados de los medios para mantener un contacto regular con sus familias (punto 8).

7°) Que, en el transcurso del año 2020 y en relación con planteos específicos vinculados a los regímenes jurídicos dictados como consecuencia de la pandemia COVID-19, esta Corte, como custodio de las garantías constitucionales y dejando a salvo lo que en definitiva fuera a decidir respecto de su competencia para intervenir en los respectivos procesos, ha requerido a las jurisdicciones provinciales involucradas los informes necesarios a los efectos de considerar las situaciones allí denunciadas (autos CSJ 475/2020 “Crescia, Ernesto Omar c/ Salta, Provincia de s/ amparo”; CSJ 476/2020

“Borge, María Sol c/ San Luis, Provincia s/ medida autosatisfactiva”; CSJ 2237/2020 “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”; FRE 1674/2020 “Licores Nordeste SRL c/ Corrientes, Provincia de s/ amparo”; FCB 6364/2020 “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ San Luis, Provincia de s/ amparo”; y CSJ 592/2020 “Petcoff Naidenoff, Luis Carlos c/ Formosa, Provincia de s/ amparo - hábeas corpus”, pronunciamientos del 10 de septiembre de 2020, y sentencias del 29 de octubre de 2020 en las causas CSJ 592/2020 “Petcoff” y FRE 2774/2020 “Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo - expediente digital”).

En la referida causa “Maggi”, además de efectuar el aludido pedido de informes, y siempre dejando a salvo lo que en definitiva resolviera sobre la competencia en el caso, dispuso una medida cautelar innovativa en virtud de la cual ordenó a la Provincia de Corrientes que arbitrara las medidas necesarias para que el actor pudiese ingresar desde la Provincia del Chaco por el puente General Belgrano para asistir diariamente a su madre durante el tratamiento oncológico que esta debía realizarse en la ciudad de Corrientes (Fallos: 343:930).

Posteriormente, respecto de la Provincia de Formosa, en la causa citada FRE 2774/2020/CS1 “Lee” dispuso que se arbitraran los medios necesarios para garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial —con cumplimiento de las medidas sanitarias que se estimaran pertinentes— de todos los ciudadanos que lo hubieran solicitado, dentro del plazo máximo de quince días, en el entendimiento de que, en los hechos, las restricciones establecidas por las autoridades locales no superaban “...el test de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable” (Fallos: 343:1704, considerando 9°). En este último precedente el Tribunal destacó, además, que “aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los de-

rechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance” (Fallos: 343:1704, considerando 7°).

Así, este Tribunal ha establecido que, aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros).

En síntesis, aun ante el escenario de emergencia que se verifica en el marco del COVID-19, conforme ha señalado este Tribunal, las medidas que se adopten para hacer frente a la pandemia y conlleven la regulación de derechos fundamentales deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales (cfr. Fallos: 343:930 y 1704). Con arreglo a lo expresado, cabe afirmar que la restricción a la libertad corporal debe satisfacer exigencias de razonabilidad.

8°) Que, dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, en forma excepcional y con carácter previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, esta Corte, en su condición de custodio último de las garantías constitucionales, estima que es prioritario requerir información actualizada sobre la situación denunciada en relación a los centros de aislamiento preventivos de la Provincia de Formosa y encomendar a las autoridades públicas correspondientes que, lleven a cabo las gestiones necesarias para que -en el contexto de la emergencia declarada por la propagación del virus COVID-19-, sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

A la luz de lo expuesto, no existe óbice para que esta Corte, antes de resolver la competencia del caso -una vez que se emita el correspondiente dictamen fiscal necesario en los términos del artículo 2°, inciso f, de la ley 27.148-, adopte las medidas imprescindibles que resulten idóneas para ase-

gurar la vigencia de los principios constitucionales y de las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina, en tanto la decisión a que arriba el Tribunal se inscribe en las atribuciones contempladas en el artículo 36, inciso 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cfr. causa FCB 6364/2020 “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ Provincia de San Luis - Poder Ejecutivo s/ amparo ley 16.986”, resolución del 10 de septiembre de 2020).

Por ello, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto del conflicto de competencia, se resuelve:

I) Requerir a la Provincia de Formosa que informe a esta Corte en el plazo de tres días:

1°) si el Centro de Atención Sanitaria ubicado en el “Estadio Polideportivo Cincuentenario” ha sido desactivado de manera definitiva, o si se trata de una resolución condicionada a la reducción en el nivel de contagios y, en tal caso, bajo qué pautas se procedería a su reapertura;

2°) si subsisten en actividad otros centros de internación que funcionen bajo las mismas condiciones que las referidas por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Formosa respecto del “Estadio Polideportivo Cincuentenario”; y

3°) sobre los protocolos para la protección de derechos humanos que deben respetar las autoridades provinciales que controlan y aplican la regulación sanitaria, incluso respecto de quienes cumplan cuarentenas domiciliarias.

II) Exhortar al gobierno de la Provincia de Formosa sobre la necesidad de llevar a cabo el control y prevención de la propagación del virus COVID-19 con arreglo a los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos, así como también acerca del deber impostergable que pesa sobre los tribunales de justicia de todo el país, en el marco de sus respectivas competencias, de brindar efectivo amparo a las personas cuyos derechos se ven amenazados o han sido ya vulnerados. Notifíquese. – *Carlos F. Rosenkrantz* – *Elena I. Highton de Nolasco* – *Juan Carlos Maqueda* – *Ricardo L. Lorenzetti* – *Horacio Rosatti*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti*.

RÉGIMEN DEL MONOTRIBUTO

Resolución que excluye a un contribuyente como monotributista. Medida cautelar. Principio de ley penal más benigna. Aplicación por analogía.

1. — La medida cautelar tendiente a suspender los efectos de la resolución de la AFIP que dispuso la exclusión de pleno derecho de un contribuyente del monotributo, por haberse configurado la causal del art. 20, inc. a), de la ley 24.977, en razón de haber superado con su facturación el máximo de la categoría H, debe ser rechazada, toda vez que la cuestión reviste una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico, sobre las que no cabe pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar, puesto que, tanto la arbitrariedad o ilegalidad alegada, como las circunstancias que invoca respecto de que le resultaría aplicable una norma dictada con posterioridad —res. gral. 4600/2019—, por la aplicación —por analogía— del principio de la ley penal más benigna, constituyen cuestiones que deberán ser analizadas a la luz del debate y la prueba que se produzca durante la sustanciación del proceso principal [1].
2. — El acto administrativo de alcance individual que excluyó de pleno derecho a un contribuyente del Régimen Simplificado de Pequeños Contribuyentes, esto es, “el procedimiento sistémico”, resulta de fecha —cuando menos— anterior al 11/01/2019 —momento en que presentó el descargo— y, por ende, también anterior a la vigencia de las referidas normas suspensivas —res. gral. 4600/2019 y sucesivas prórrogas—. Es por lo que, en una primera y provisoria intervención, no es factible expedirse acerca de la procedencia de aplicarlas a tenor del instituto de “ley penal más benigna” en el marco de una medida cautelar, puesto que emitir pronunciamiento sobre este punto acarrea el riesgo de incurrir en un prejuzgamiento.
3. — Las mayores obligaciones fiscales que describe el apelante —por exclusión del monotributo— son las que afrontan todos

aquellos contribuyentes que no tributan por el régimen especial y que deben cumplirlas por el régimen general.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 03/03/2021. - González, Enzo Luis Cristóbal c. EN - AFIP s/ inc. apelación.

[Cita on line: AR/JUR/1366/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, “Chialina, Roberto Alejandro c. EN - AFIP - DGI s/ medida cautelar (autónoma)”, 22/09/2020, AR/JUR/46623/2020.

COSTAS

Sin costas dealzada por no haber mediado intervención de la contraria.

10065/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

Considerando:

I. Que por la resolución del 30/09/2020 el señor juez de primera instancia rechazó la medida cautelar solicitada por el contribuyente Luis Enzo Cristóbal González (CUIT N°...), a fin de que se suspendan los efectos de la resolución 2019-332-E-AFIP-DICRSS#SDGTLSS, la cual lo excluyó de pleno derecho del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo), por haberse configurado la causal del art. 20, inc. a), de la ley 24.977, en razón de haber superado con su facturación el máximo de la categoría H.

En sustento de la decisión, el juez consideró que la resolución cuya suspensión cautelar pretende la actora se encuentra alcanzada por la presunción de legalidad de los actos administrativos. En tal sentido, sostuvo que la ilegitimidad denunciada por el accionante no surge de modo evidente, lo cual obsta a tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocado.

Además, explicó que las cuestiones planteadas por el actor no alcanzan para demostrar la

existencia de una actuación manifiestamente ilegítima o arbitraria de parte de la AFIP y requieren un ámbito de mayor debate y prueba, en el que se analicen exhaustivamente la totalidad de las actuaciones administrativas, tarea que excede a un conocimiento cautelar.

Con relación al peligro en la demora, señaló que el actor no acreditó en modo suficiente el perjuicio concreto que, con relación a su situación económica y financiera específica, podría ocasionarle la eventual determinación de los impuestos y contribuciones del régimen general; ni tampoco ha invocado que la AFIP hubiera iniciado procedimiento alguno (de determinación de oficio, de ejecución fiscal, o haya solicitado medidas precautorias) en su contra.

II. Que disconforme con lo así resuelto, la parte actora se agravia de la aplicación —lisa y llana— de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, pues considera que con esta premisa el juez elude profundizar y examinar las circunstancias involucradas en el caso. Abunda en citas de doctrina que postula la crisis de este instituto *ius administrativo*.

En ese orden de ideas, alega que la resolución que lo excluyó del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes es ilegítima “porque posee un vicio ab initio, fue dictado en forma ilegal, contraviniendo lo dispuesto por la Resolución General N° 4600/2019, que suspende los efectos de otra anterior: Resolución General AFIP N° 4309/2018”.

Por otra parte, tacha de arbitraria la resolución de primera instancia. Afirma que el derecho aparece verosímil y que para llegar a tal conclusión “no resulta necesario que se analicen exhaustivamente la totalidad de las actuaciones administrativas, para advertir el vicio de la resolución administrativa, dictado en violación de prácticamente todos los derechos y garantías que rigen la tributación, empezando por el principio de legalidad y retroactividad de la ley penal más benigna; y continuando el derecho de propiedad, con la seguridad jurídica, con el principio de igualdad, con el debido proceso, el derecho a una decisión fundada, y en definitiva el derecho de defensa en juicio, y que a quo no puede convalidar so pena de incurrir en arbitra-

riedad manifiesta, amén de que sea solo en un proceso cautelar.”

Aduce que la arbitrariedad e ilegalidad de la resolución N° 2019-332-E-AFIP-DICRSS#SDGTLSS, resulta manifiesta bastando solo con observar la fecha de entrada en vigencia de la resolución general N° 4600/2019, que suspende los efectos de la anterior resolución general AFIP N° 4309/2018, y la fecha del dictado de la resolución que dispuso su exclusión del régimen previsto en la ley 24.977.

Indica que, en su caso, particular se encontraría alcanzado por los efectos suspensivos de la resolución general N° 4600/2019, por tratarse de un monotributista excluido de pleno derecho notificado por AFIP con descargo presentado del Art. 74 del decreto 1397/1979 reglamentario de la Ley de Procedimiento Tributario contra el acto administrativo de alcance individual ante el Director General. Recalca que su sanción no se encontraba firme al momento de la suspensión.

Desde otra perspectiva, manifiesta que le causa agravio que el juez no haya examinado debidamente el peligro en la demora. Al respecto, critica que no haya ponderado sus declaraciones juradas del impuesto a las ganancias para el período 2019, ni el “Informe Especial de Contador Público independiente sobre DDJJ del Impuesto a las Ganancias”, ni las informaciones sumarias ofrecidas que prueban la merma de los servicios prestados y pérdida de una fuente laboral, que afectan su situación económica y financiera específica. Pone de relieve que dichas circunstancias han empobrecido su patrimonio y aumentado la presión tributaria derivada de la coactiva inclusión al Régimen General.

Manifiesta que dejó “de ser monotributista por cuestiones externas —los avatares económicos sufridos durante los años 2018 y 2019—; por lo que la AFIP debió suspender el procedimiento de exclusión de pleno derecho iniciado en mi contra, dando fiel cumplimiento a la RG N° 4600 que entró en vigencia el 02/10/2019, que dispuso de una media extraordinaria: como es la suspensión hasta el 29/02/2020 de las exclusiones de pleno derecho por controles sistémicos del R. S. (Monotributo), pero sin embargo nunca lo hizo.”

Finalmente, argumenta que no es cierto que su situación no sea irreversible pudiendo aguardar hasta el dictado de una hipotética sentencia favorable a su pretensión. Expone que su capacidad contributiva por su actividad como médico cardiólogo se ve afectada, además de que aumenta el cumplimiento de obligaciones fiscales, entorpece su libertad de trabajar, dado que debe contratar un contador para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas, a la par que ve afectada su competitividad al tener que trasladar el IVA.

III. Que, en primer término, a los fines de conocer sobre el recurso incoado, cabe recordar que la procedencia de las medidas cautelares como la solicitada en autos se halla condicionada, en los términos indicados por las directivas previstas en el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, a la estricta apreciación de los requisitos de admisión referidos, por un lado, a la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; y por el otro, al peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, efectivizarse (conf. esta Sala, Causa: 32.118/2011, in re “Guimajo SRL c. EN - AFIP-DGI 154/11 (RMIC) s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 16/04/2012, entre muchas otras).

En lo atinente al primer presupuesto (*fumus bonis iuris*) este debe entenderse como la posibilidad de existencia del derecho invocado y no como una incontrastable realidad, que solo podrá ser alcanzada al tiempo de dictar la sentencia de mérito, (conf. Morello, A. M. y otros “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, T. II-C, p. 494, ed. 1986). Pues, la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (conf. esta Sala, Causa: 10.907/2012, in re “Clemente, Jorge L. c. EN - AFIP-DGI - Resol. 245/11 (Expte. 10.780-1223/10) s/ Dirección General Impositiva”, sentencia del 05/07/2012; entre muchas otras).

Por su parte, el segundo de los recaudos enunciados (*periculum in mora*), constituye la justificación de la existencia de las medidas cautelares, tratando de evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde. Puesto que se tiende a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos (conf. esta Sala, Causa: 12.257/2012, in re “Expofresh SA c. EN - DGA-SIGEA (Expte. 13.289-7645/12) s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 05/06/2012; entre muchas otras).

IV. Que, al efectuar dicha comprobación, debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que indica que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas obliga, en los procesos precautorios como el presente, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar (CSJN, 2009, “Molinos Río de la Plata”, Fallos: 322:2139, entre otros, v. asimismo esta Sala, Causa: 47.704/2011, “Cámara Argentina de Farmacias c. EN - AFIP-DGI - Resol. 35/11 (DEV) s/ medida cautelar (autónoma)”, sentencia del 24/05/2012).

Asimismo, deben ponderarse los principios reiteradamente sostenidos por dicho Tribunal que imponen examinar con criterio estricto las medidas cautelares que impiden la percepción de las rentas públicas, en tanto estas resultan indispensables para el funcionamiento del Estado y el sostenimiento de los intereses de la comunidad (CSJN, Causa G.962.XLIII, “Giachino, Luis A.”, sentencia del 18/10/2011; esta Sala, Causa: 47.566/2010, “Electricidad Industrial SRL c. EN - AFIP-DGI”, del 16/02/2012).

V. Que, en los términos descriptos, corresponde establecer si se verifican los recaudos necesarios para hacer lugar al recurso articulado y, en su caso, a la cautelar requerida, para lo cual, es importante recordar que el Tribunal no se encuentra obligado a seguir al apelante en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que propone a consideración de la Alzada, sino

tan solo aquellas que son conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (conf. CS, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; esta Sala, “Torre, Hugo c. CPACF”, del 08/02/2007; “Marroquín Urquio-la, Ignacio F. c. EN - M° del Interior - Prefectura Naval Argentina s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.”, del 19/07/2007; “Sayago, Horacio A. y otro c. EN - PFA y otro s/ daños y perjuicios”, del 11/10/2007, entre otros).

VI. Que, en tal orden de ideas, cabe comenzar por señalar que, el a quo sustentó su decisión en el hecho de que no se encontraba acreditado en autos la existencia de una verosimilitud en el derecho apta de justificar la concesión de la medida preliminar solicitada.

En tales términos, cabe puntualizar que, si bien la parte actora en su memorial ha insistido respecto de los hechos que relata, no puede soslayarse que la cuestión traída a conocimiento del Tribunal reviste una entidad de por sí compleja, sustentada en cuestiones de carácter fáctico, sobre las que no cabe pronunciarse en el restringido marco de conocimiento propio de un proceso cautelar. Puesto que, tanto la arbitrariedad o ilegalidad alegada, como las circunstancias que alega respecto de que le resultaría aplicable una norma dictada con posterioridad, por la aplicación —por analogía— del principio de la ley penal más benigna, constituyen cuestiones que deberán ser analizadas a la luz del debate y la prueba que se produzca durante la sustanciación del proceso principal (conf. esta Sala, Causa 10.907/2012, “Clemente, Jorge L. c. EN - AFIP-DGI - Resol. 245/11 (Expte. 10.780-1223/10) s/ Dirección General Impositiva”, sentencia del 5 de julio de 2012; más recientemente, causa 32.262/2016 “Chulak, Alberto c. EN - AFIP-DGI s/ medida cautelar (autónoma)”, resolución del 22 de diciembre de 2016, entre otros).

En este orden de ideas, debe repararse en que el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes resulta por completo ajeno e improcedente en el estado larval del proceso, ya que su naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad (conf. esta Sala, Causa 34.324/06, in re “Bueres, Juan C.”, del 29/04/2008, entre otras).

En definitiva, en virtud de naturaleza de las cuestiones planteadas, se evidencia que, tal como lo ha advertido la a quo en la sentencia recurrida, para determinar la verosimilitud del derecho invocado, necesariamente habría que avanzar sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión que, precisamente, constituyen el objeto de la acción, es decir, habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida (Excma. Cámara del fuero, Sala II, Causa 9528/2001 “Sauma SRL. Incidente med. c. AFIP (DGI) marzo 96 s/ DGI”, del 21/06/2001; ver asimismo, seta Sala causa 35.303/2016 “Levy, Mariana P. c. AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva”, resolución del 15/03/2018, aclarada el 06/04/2018).

Con relación al concreto agravio que introduce respecto de la suspensión dispuesta en la resolución general AFIP, es cierto que el art. 1° de la RG 4600/2019 —B.O. 02/10/2019—, dispuso la suspensión “hasta el 29 de febrero de 2020, el procedimiento sistémico referido a la exclusión de pleno derecho del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS), previsto en los artículos 53 a 55 de la Resolución General N° 4309 y su modificatoria”. Esta norma ha sido objeto de sucesivas prórrogas (ver RG 4687/2020, 4782/2020, 4896/2020). La última extensión temporal de esta suspensión fue dispuesta por la autoridad, mediante la RG 4981/2021, y perdurará hasta el 01/04/2021.

Sin embargo, obsérvese que el descargo “exclusión del régimen simplificado” —según surge de la documental incorporada al inicio de la causa principal— fue presentado por el contribuyente el 11/01/2019.

Luego, la resolución 332/2019 —cuya suspensión cautelar se pretende—, dictada por la Dirección de Contencioso de los Recursos de la Seguridad Social y Administración Federal de Ingresos Públicos el 23/10/2019 confirmó la exclusión de pleno derecho del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (en adelante RS) —Monotributo— desde el período 12/2018, ordenando el alta en el impuesto a las ganancias, al valor agregado y en el régimen de trabajadores autónomos desde el período 01/2019, impuesta por controles sistémicos por la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante AFIP), Agencia Formosa.

Con esto se evidencia que el acto administrativo de alcance individual que excluyó al Sr. Enzo Luis González de pleno derecho, esto es “el procedimiento sistémico”, es de fecha —cuanto menos— anterior al 11/01/2019 —momento en que presentó el descargo— y, por ende, también anterior a la vigencia de las referidas normas suspensivas. Es por lo que, en esta primera y provisoria intervención, no es factible expedirse acerca de la procedencia de aplicarlas (o no) a tenor del instituto de “ley penal más benigna” en el marco de una medida cautelar, puesto que emitir pronunciamiento sobre este punto acarrea el riesgo de incurrir en un prejuzgamiento.

VII. Que, por lo demás, no puede soslayarse el hecho de que tampoco se ha demostrado que el daño que pudiera producirse durante el transcurso del pleito tornaría el pronunciamiento a dictarse como de imposible cumplimiento.

En efecto, las mayores obligaciones fiscales que describe el apelante son las que afrontan todos aquellos contribuyentes que no tributan por el régimen especial y que deben cumplirlas por el régimen general.

En virtud de todo lo expuesto, se resuelve: confirmar la decisión del 30/09/2020, en cuanto fue materia de agravios. Sin costas de alzada por no haber mediado intervención de la contraria. A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional se hace constar que solo suscriben la presente dos vocales por hallarse vacante el tercer cargo. Regístrese, notifíquese y devuélvase sin más trámite. — *Sergio G. Fernández.*
— *Carlos M. Grecco.*

RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA

Nota periodística publicada en un diario sobre la demolición de un edificio para el Metrobus. Reportaje neutral. Ausencia de imputación con entidad para afectar el honor del accionante. Aplicación de la doctrina “Campillay”. Rechazo del pedido de rectificación o respuesta.

1. — El caso queda gobernado por la doctrina “Campillay” —versión vernácula del re-

portaje neutral—, de modo que el cumplimiento de sus pautas tiene superlativa incidencia, ya que ellas establecen un ámbito suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión, en la medida que la invocación de la fuente y la transcripción fiel de la noticia emanada de ella, “priva de antijuridicidad a la conducta” [1].

2. — No hay duda sobre la improcedencia del reclamo por daños y perjuicios formulado por el actor contra el medio periodístico, en la medida de que más allá de cualquier consideración que cadre efectuar con relación a los dichos de la entrevistada, el diario no hizo más que reproducirlos —reportaje neutral— sin añadir ninguna imputación con entidad para afectar el honor del apelante.

3. — La crítica que realiza el autor de la nota periodística sobre cuál era en ese momento la situación habitacional en esta ciudad revela cuál es su pensamiento u opinión al respecto. Es inequívoco que fue realizada en el marco de una noticia de evidente interés general y, si se quiere, en el marco del debate político que se suscita a propósito de las políticas públicas sobre el derecho a la vivienda, pero de ninguna manera se advierte que esas manifestaciones hubieran sido enderezadas hacia la persona del actor —por ese entonces, joven abogado, recientemente graduado— ni que tenga entidad para afectar su prestigio profesional o académico, como ayudante de una asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

4. — No se encuentra que el medio periodístico hubiera tergiversado los dichos de la codemandada que, en todo caso, fueron el marco propicio para que el periodista vertiera su opinión sobre las políticas de vivienda que llevaba adelante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sin que en ningún pasaje de su elaboración personal se advierta alguna mención hacia el actor o a su desempeño.

5. — Cuando el periódico simplemente actúa como canal de difusión, transcribiendo

los dichos de otro, no tiene el deber de investigar la veracidad de los datos que proporciona, ya que se sobreentiende que la difusión textual de estos corre por cuenta del emisor y, por cierto, la publicación no transforma por ello al medio en codeudor solidario. De lo contrario, cuando se relevan noticias de interés y se entrevista a los involucrados, el periodista o el medio solo deberían publicar aquellas que son incontestables, obrando como una suerte de censor de todas las demás, inferencia que no es compatible con el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático.

6. — A raíz de la puesta en marcha de la desocupación administrativa, un grupo de vecinos —entre ellos, la codemandada— promovió una denuncia por falso testimonio contra el actor y otras dos personas más, que finalmente fue desestimada. La razón de esa denuncia radicó en que los dichos de estos dieron lugar a la denuncia que por usurpación promovió el Gobierno de la Ciudad. Los ocupantes del inmueble entendían que no eran usurpadores, a tal punto que habían promovido acciones por usucapión y, además, solicitaron el dictado de medidas cautelares para evitar el desalojo. La denuncia formulada fue realizada en el marco de la conflictiva descripta y, por tanto, la actitud de la codemandada se encontraba moralmente justificada.
7. — No puede juzgarse la conducta del medio de prensa, del periodista o de cualquier comunicador a la luz de los resultados, sino en el momento en que se da a conocer la información, porque de lo contrario solo podrían ser objeto de difusión aquellas noticias de interés público que son ya verdades incontrovertibles y carentes de todo riesgo de sanción. Por el contrario, la doctrina de la real malicia protege la difusión a través de la prensa desde una perspectiva ex ante, esto es, cuando la cuestión está siendo discutida o investigada, eludiendo, así, la imposición de autocensura como único modo de evitar sanciones penales o el pago de indemnizaciones civiles.
8. — La rectificación o respuesta no es en sí misma un derecho, sino una herramienta para restaurar o poner en su lugar aquellos derechos que se dicen vulnerados por informaciones falsas, equívocas, erróneas o agraviantes. En ella, el afectado o agraviado encuentra un dispositivo para dar una versión distinta de la proporcionada por el medio, que tiene la misma jerarquía que la noticia falsa o hiriente, pero pretende que el público pueda formarse un juicio imparcial. Por sí sola no demuestra la falsedad de la noticia que afecta a quien responde.
9. — No toda inexactitud informativa fáctica dará derecho a la rectificación. La que se revela nimia y sin aptitud dañosa no está comprendida en el precepto, porque este exige que las informaciones inexactas hayan sido “emitidas en su perjuicio”.
10. — No se encuentran reunidas las condiciones para acceder al pedido de rectificación o respuesta solicitado por el actor. Basta con leer la nota periodística, para advertir que la única referencia a este y a otro funcionario es que “hostigaban” a los moradores, diciéndoles que les iban a hacer una denuncia penal por usurpación, de modo que la conducta reprochada guarda relación con el ejercicio de acciones legales que, como es obvio, no constituye la imputación de un delito o de una amenaza injusta o ilegal.
11. — Tal como surge claro de la nota, las personas mencionadas por el periódico —entre ellas, el actor— procuraban cumplir la tarea que se les había encomendado, de modo que no se advierte falsedad ni agravio susceptible de ser replicado por la vía que se procura implementar. De ningún modo se relaciona al actor con otras situaciones que menciona el artículo, como realizar durante horas de la noche llamadas anónimas amenazantes o pinchaduras de teléfonos. Tampoco se percibe algún hecho o dato tergiversado, susceptible de ser refutado o desvirtuado, elemento que debe ser inexorablemente verificado para examinar la legitimación del pretensor. La facultad de solicitar la rectificación o

respuesta debe ejercerse frente a informaciones falsas o agraviantes que causen un perjuicio actual y concreto a la persona aludida.

CNCiv., sala M, 15/03/2021. - Z., N. A. c. Editorial La Página SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1899/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] El 15/05/1986, en “Campillay, Julio C. c. La Razón y otros”, 308:789, LA LEY, 1986-C, 411; AR/JUR/637/1986, sostuvo que aun cuando en el régimen republicano la libertad de expresión tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa.

COSTAS

Se imponen al actor vencido.

Expediente N° 10.610/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 15 de 2021.

La doctora *Benavente* dijo:

I. Según se desprende del escrito de inicio, N. A. Z. demandó a “Editorial La Página SA” —Página 12— y a Ana María Villarreal por los daños y perjuicios que le habrían sido causados a raíz del artículo periodístico publicado el lunes 28 de julio de 2014, escrito por Gustavo Veiga, editor, periodista y empleado en relación de dependencia de la editorial demandada. Se le endilga haber difundido un artículo difamatorio contra Z., imputándole conductas al margen de la ley, como supuesto hostigamiento, intervenciones telefónicas, escuchas ilegales. Se le atribuye ser funcionario del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, carácter que —sostiene— no tenía en el momento de ocurrir los hechos.

A su vez, se reprocha a Ana María Villarreal haber iniciado una denuncia penal totalmente difamatoria, en la que intentó ser tenida como

querellante, cuando en rigor solo pretendía ganar tiempo para no ser desalojada de un inmueble que no le pertenece.

El actor afirma que los emplazados actuaron con real malicia e innegable mala fe, presentándolo como un ser antisocial, afectando su honor y dignidad, con la aviesa intención de lastimar su propia estima y prestigio, utilizando calificativos altisonantes.

Luego de efectuar extensas consideraciones sobre su trayectoria académica y profesional, enuncia los daños que reclama.

También demanda se haga pública la sentencia en un medio de comunicación “con su derecho a réplica y medidas de satisfacción”, al menos en dos diarios de gran circulación y en sus respectivos portales de Internet, para informar a los lectores el “incorrecto proceder de la publicación efectuada sobre la conducta reprochable del escritor el Sr. Gustavo Veiga y de la Sra. Ana María Villarreal”. Transcribe, asimismo, el texto que pretende sea difundido.

Al presentarse, los demandados reconocieron expresamente la nota publicada, pero negaron la intención que se les atribuye, como así también la obligación de responder. La editorial destaca la aplicación al caso de la doctrina “Campillay” y formula una serie de consideraciones sobre la libertad de prensa y la escasa referencia que contiene la nota periodística a la persona del actor, de la que no surge —en su opinión— el avasallamiento a los derechos de este.

Villarreal, por su parte, niega haber atribuido algún delito al demandante.

Producida la prueba, a fs. 460/469, la colega de grado dictó sentencia y rechazó la demanda, en todas sus partes, con costas al vencido.

Viene apelada por el actor, quien expresó agravios el 02/11/2020, los que fueron contestados el 14/11/2020.

En las quejas, Z. subraya que la *a quo* no se expidió siquiera sobre el derecho a réplica oportunamente solicitado. Destaca, a su vez, que la codemandada Villarreal lisa y llanamente mintió en sede penal y que el diario no llamó siquiera por teléfono al Gobierno de la Ciudad de

Buenos Aires a efectos de corroborar los hechos a que se refiere la nota.

II. Para un mejor desarrollo de este voto, cabe distinguir, por un lado, la responsabilidad por la denuncia penal que se considera calumniosa y que solo podrían ser imputados a Ana María Villarreal y, por otro, la procedencia de la demanda contra “Editorial La Página SA” por los daños que se dicen causados por la publicación del diario *Página 12*, en la fecha que se indica. Se le reprocha haber colaborado a expandir las calumnias formuladas por la primera, sin haberse cerciorado siquiera del verdadero estado de cosas.

Comenzaré por las quejas vinculadas al rechazo de la acción respecto de la codemandada “Editorial La Página SA”.

En numerosos precedentes la Corte Federal ha señalado la fundamental importancia del rol que cumple la prensa libre en una sociedad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal” (Fallos: 248-291, consid. 25); 315:1943; 3020:1972; 321:2250). Es también doctrina reiterada de la Corte Suprema que el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Es que, si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, tiene un lugar eminente que obliga a una particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119:231, 155:57, 167:121, 269:189, cons. 4º, 269:195, considerando 5º; 308:789 considerando 5º; 310:508; 315:1943). En el mismo sentido se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Sentencia del 02/07/2004, párr. 112) y “Tristán Donoso vs. Panamá” (del 27/01/2009).

En procura de armonizar el derecho a dar y recibir información (art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica) con los restantes derechos fundamentales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado distintas pautas o estándares

de interpretación. Uno de ellos es la incorporación como doctrina constitucional del estándar de la “real malicia”, cuyo antecedente inmediato es el conocido precedente de la Corte Norteamericana “New York Times c. Sullivan” (376 U.S. 254, 270 (1964) que resolvió el conflicto que se suscita entre el derecho al honor y la libertad de expresión cuando están involucrados funcionarios públicos o figuras públicas. Según la doctrina de ese fallo, quienes se consideren afectados por noticias inexactas o agraviantes deben probar que fueron propaladas a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación por la verdad. Vale decir, en tales supuestos, para condenar al periodista o al medio de difusión, no es suficiente con que se hayan publicado informaciones erróneas o aún falsas —que suelen ser inevitables— en un debate sobre cuestiones que interesan a la sociedad, sino que es preciso que aquellos hubieren obrado con conciencia de que los hechos eran falsos o que se publicaron con absoluta indiferencia acerca de la verdad o falsedad de la información (CS, “Patitó”, Fallos: 3341530; 320:1272; 327:943). Tal como señaló el alto tribunal, una de las particularidades de la real malicia radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude —conocimiento de la falsedad o de la indiferencia negligente sobre la posible falsedad— no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o el medio (CSJN, “Boston Medical Group c. Arte radiotelevisivo Argentino SA y otros s/ daños y perjuicios” del 29/08/2017).

Según la constante interpretación de nuestra Corte Federal en numerosos precedentes (CS, Fallos: 320:1272; 327: 943, entre otros), el principio de la real malicia, a diferencia del test de veracidad, “no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas”. En cambio, sí es materia de prueba cuando de la real malicia se trata, si el periodista o el medio tuvieron o debieron tener conocimiento de esa falsedad o posible falsedad de la información (conf. “Brugo, Jorge c. Lanata, Jorge”, Fallos: 332:2559). Con cita del Tribunal Constitucional español añadió que “la investigación periodística sobre asuntos públicos, desempeña un rol

importante en la transparencia que exige un sistema republicano.... Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (CS, “Patitó c. Diario La Nación”, cons. 8), Fallos: 331: 1530, ídem, 444/213 (49-B/CS), “Boston Medical Group c. Arte radiotelevisivo Argentino SA y otros s/ daños y perjuicios” del 29/08/2017).

Como corolario lógico de lo expuesto, no puede juzgarse la conducta del medio de prensa, del periodista o de cualquier comunicador a la luz de los resultados, sino en el momento en que se da a conocer la información, porque de lo contrario, solo podrían ser objeto de difusión aquellas noticias de interés público que son ya verdades incontrovertibles y carentes de todo riesgo de sanción. Por el contrario, la doctrina de la real malicia protege la difusión a través de la prensa desde una perspectiva ex ante, esto es, cuando la cuestión está siendo discutida o investigada, eludiendo —así— la imposición de autocensura como único modo de evitar sanciones penales o el pago de indemnizaciones civiles.

El otro estándar elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es la conocida “doctrina Campillay” (Fallos: 308:789), que establece pautas objetivas de prudencia a las que deben sujetarse los medios de prensa o los periodistas cuando la información que suministran tiene potencialidad difamatoria o injuriosa. En dicho precedente el Alto Tribunal estableció —por mayoría— que cuando la difusión de una noticia puede rozar la reputación de las personas - admitida aun la imposibilidad fáctica de verificar su exactitud— se impone propalar la información “atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el conflicto”. Vale decir, solo “cuando se adopta tal modalidad se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas, no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado” (Fallos: 316:2416; 326:4285; 327:3560; 338:1032) lo que a su vez permite formarse un juicio cer-

tero sobre la credibilidad de la noticia (Fallos: 319:2965 y 331:162).

Los antecedentes de este criterio pueden encontrarse en la doctrina del “fair report privilege” de los Estados Unidos de Norte América.

Según esta, quien reproduce en forma fiel y exacta —reportaje neutral— los actos y procedimientos públicos de todo tipo, y atribuye la información a esa fuente, está exento de consecuencias y tiene inmunidad civil y penal (conf. Corte de Apelaciones del Segundo y Tercer Circuito de EE.UU., “Edwards c. National Audubon Society Inc.”, 556, F.2d. 113; “Krauss vs. Campaign New Gazette”, 59 I 11. app. 3d 745, 17 I 11). El fundamento de este postulado es que, si en esas circunstancias se extendiera la responsabilidad del emisor de la información, se transformaría en censor de las expresiones de terceros con el consiguiente debilitamiento del debate colectivo y de la posibilidad de la libre expresión ciudadana (conf. Bianchi, E. - Gullco, H., “El derecho a la libre expresión”, 2ª edición ampliada y actualizada, Librería Editora Platense, 2009, p. 262).

En España, el Tribunal Constitucional adoptó hace varios años la doctrina del “reportaje neutral” como uno de los criterios que permiten salvaguardar la libertad de información, que también se encuentra consagrada en su constitución (STC, sentencia 159/1986, del 12 de diciembre de 1986, Caso “Eguín; ídem, sentencia 41/1994, del 15 de febrero de 1994; ídem, sentencia del 20 de julio de 2000, “Asunto Mesa Nacional Herri Batasuna”, entre otras). Desde este enfoque, la protección del periodista exige que simplemente constituya un canal de información de interés general, que el sujeto emisor de la noticia haya quedado adecuadamente identificado ante el propio medio y ante los lectores, de suerte que el diario no haga propia la información, sino que meramente la transcriba. Se limita, en consecuencia, a cumplir con su función de informar sobre esas acusaciones, poniendo en conocimiento de la opinión pública los términos de un debate en que aquella se encuentra potencialmente interesada y que no ha hecho suyo, ni ha desmesurado el tratamiento de las referidas declaraciones ni ha quebrado su neutralidad (conf. Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, “Liberta-

des de expresión e información y medios de comunicación”, Aranzadi, Pamplona 1998, 111, comentario a la sentencia del STC de España en el caso “La voz de Asturias”). Por cierto, la aplicación de la protección que confiere la doctrina citada solo se da frente a la ausencia de requisitos racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva de indebida cobertura para meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento (conf. STC, sentencia n. 41/1994). En tales condiciones, dicho Tribunal sostuvo que, si un artículo periodístico recoge datos u opiniones sin expresar o hacer valoración alguna, el derecho a la información no puede ser limitado con base en una supuesta vulneración del honor. En otras palabras, para que el medio o el periodista no responda por los daños causados, ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, (FJ 4), de modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, (FJ 5).

Desde la perspectiva expuesta, no abrigo ninguna duda sobre la improcedencia del reclamo por daños y perjuicios formulado por Z. contra el medio periodístico, en la medida que más allá de cualquier consideración que cuadre efectuar con relación a los dichos de la entrevistada, el diario no hizo más que reproducirlos —reportaje neutral— sin añadir ninguna imputación con entidad para afectar el honor del apelante. Cuadra destacar que la crítica que realiza el autor de la nota sobre cuál era en ese momento la situación habitacional en esta ciudad, revela —en todo caso— cuál es su pensamiento u opinión al respecto. Es inequívoco que fue realizada en el marco de una noticia de evidente interés general y, si se quiere, en el marco del debate político que se suscita a propósito de las políticas públicas sobre el derecho a la vivienda, pero de ninguna manera advierto que esas manifestaciones hubieran sido enderezadas hacia la persona del actor —por ese entonces, joven abogado, recientemente graduado (diploma expedido el 4 de marzo de 2013, fs. 282)— ni que tenga entidad para afectar su prestigio profesional o académico, como ayudante de la asignatura “Derechos Humanos y Garantías”, que dicta

en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (ver fs. 295).

En efecto, en la nota periodística de autoría del periodista Gustavo Veiga, titulada “Una demolición para el Metrobus Sur”, se relatan una serie de hechos vinculados con el desalojo administrativo de un antiguo edificio —conocido como “edificio Marconetti” — que se hallaba emplazado en Paseo Colón 1598. La decisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tenía como finalidad demoler la construcción para terminar de ensanchar la Avenida Paseo Colón a efectos de ampliar el Metrobus. Luego de hacer mención al déficit de viviendas en la ciudad, se transcriben —entre comillas— los dichos de una de sus habitantes, Ana María Villarreal. Dijo que desde hacía un tiempo los vecinos venían sufriendo hostigamiento y amenazas. “Consisten en diferentes operativos encabezados por una fiscal Celsa Victoria Ramírez, que en mi caso particular me amenazó tres veces con llevarme detenida. Lo hizo cuando iba a tirar la puerta abajo si no la dejábamos entrar en un operativo. Vino con tres dotaciones de bomberos, la Federal, ambulancias del SAME, camionetas de Emergencias e integrantes del área Dirección de Inmuebles del Gobierno de la Ciudad. Dos funcionarios, N. Z. y R. R., nos vienen hostigando permanentemente. Dicen que nos van a hacer una denuncia penal por usurpación. Ellos tenían la llave del edificio, pero nosotros cambiamos la cerradura cuando lo advertimos. Los dos o tres días vinieron y la pusieron de nuevo. Pero no pudieron entrar”.

El único fragmento en que se individualiza a Z., es el que destaque en bastardilla. En ningún otro párrafo de la nota periodística se alude directa o indirectamente a su persona como ejecutor de las restantes conductas que allí se mencionan. Cualquier lector imparcial puede advertir que el periodista no hizo suyas las sospechas de Villarreal sobre las amenazas telefónicas o la intervención ilegal de los teléfonos. Tampoco la entrevistada atribuyó el resto de los ilícitos que denuncia a Z. ni las otras personas que menciona.

No es ocioso señalar que en varios pasajes del escrito de postulación (fs. 40/65), Z. hace referencia a la situación de Villarreal y del grupo que habitaba en el ex edificio Marconetti con el Go-

bierno de la Ciudad de Buenos Aires como así también al derecho que asistía a este último de llevar adelante la desocupación administrativa dispuesta por Decreto 156/2014 del GCBA. Es claro —por otra parte— que en estos autos no se trata de indagar quién tenía razón sobre el mejor derecho a la ocupación de la cosa ni sobre ninguna otra cuestión vinculada al fondo del asunto debatido —aspectos estos que fueron sometidos a conocimiento de distintos tribunales— sino de examinar si la nota periodística era falsa, hiriente o cáustica con entidad para afectar los derechos personalísimos del actor y si, por el tenor de aquella, el medio está llamado a responder por la propalación de la noticia y los dichos de la entrevistada.

Tal como se desprende del marco conceptual expuesto anteriormente, el caso queda gobernado por la doctrina “Campillay” —versión vernácula del reportaje neutral— de modo que el cumplimiento de sus pautas tiene superlativa incidencia ya que ellas establecen un ámbito suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión, en la medida que la invocación de la fuente y la transcripción fiel de la noticia emanada de ella, “priva de antijuridicidad a la conducta” (CSJN *in re* “Acuña” Fallos: 319:2965, ver también Bianchi, Enrique T.: “La doctrina ‘Campillay’ (o la noticia que reproduce lo expresado por otro)”, publicado en LA LEY, 1997-B, 1283).

En tales condiciones, no encuentro que el medio periodístico hubiera tergiversado los dichos de Villarreal que, en todo caso, fueron el marco propicio para que el periodista vertiera su opinión sobre las políticas de vivienda que llevaba adelante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sin que en ningún pasaje de su elaboración personal se advierta alguna mención hacia el actor o a su desempeño.

Aunque parezca obvio, no está de más señalar que cuando el periódico simplemente actúa como canal de difusión, transcribiendo los dichos de otro, no tiene el deber de investigar la veracidad de los datos que proporciona, ya que se sobreentiende que la difusión textual de estos corren por cuenta del emisor y, por cierto, la publicación no transforma por ello al medio en codeudor solidario. De lo contrario, cuando se relevan noticias de interés y se entrevista

a los involucrados, el periodista o el medio solo deberían publicar aquellas que son incontables, obrando como una suerte de censor de todas las demás, inferencia que no es compatible con el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático.

III. En cuanto a la responsabilidad de Villarreal por la denuncia penal formulada, cuadra tener por reproducido el marco conceptual que fue correctamente examinado en la sentencia de primera instancia, que no es otro que el art. 1090 del código civil sustituido, aplicable al caso en razón del derecho transitorio (art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Señala el actor que el inmueble de Paseo Colón había sido ocupado por quince familias, aproximadamente, que desconocían la titularidad del inmueble a nombre del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, expropiado hacía décadas, y no querían retirarse. De modo que fueron intimados legalmente e incluso muchos de ellos fueron denunciados en sede judicial por el delito de usurpación, denuncia que tramitó por ante la Fiscalía N° 35, a cargo de la Dra. Celsa Martínez. En dichos obrados, Z. manifestó que estuvo presente el día en que se desarrolló el procedimiento administrativo de desalojo. A raíz de ello, los ocupantes comenzaron a iniciar una cantidad de amparos y acciones judiciales. Los más combativos promovieron también acción penal contra M. A. y Z., que fueron luego sobreesidos.

Como se advierte, Z. reconoció la existencia de un conflicto por el cumplimiento de la orden administrativa que debió llevar a cabo mientras realizaba trabajo “de campo”, que luego derivó en acciones judiciales cruzadas. En tanto Ayerza y él mismo tuvieron intervención en como testigos en la causa penal por usurpación, fueron al propio tiempo denunciados por algunos moradores.

Es verdad que, a raíz de la puesta en marcha de la desocupación administrativa, un grupo de vecinos —entre ellos, Villarreal— promovieron denuncia por falso testimonio contra el actor y otras dos personas más, que finalmente fue desestimada. La razón de esa denuncia radicó en que los dichos de estos dieron lugar a la denuncia que por usurpación promovió el Gobierno

de la Ciudad. Los ocupantes del inmueble entendían que no eran usurpadores, a tal punto que habían promovido acciones por usucapión y, además, solicitaron el dictado de medidas cautelares para evitar el desalojo.

En el marco de ese conflicto es que formularon la denuncia con la finalidad de contestar el carácter de usurpadores que se les realizó, extremo que no está controvertido y surge claramente de las piezas que obran en el Expte. N° 61.446/2014, que tengo a la vista.

Precisamente, para desestimar la demanda contra Villarreal, la colega de grado concluyó que la denuncia formulada fue realizada en el marco de la conflictiva precedentemente descripta y, por tanto, la actitud de aquella se encontraba moralmente justificada. Esta afirmación no ha sido adecuadamente rebatida en los agravios, en los que se insiste en que la codemandada lisa y llanamente mintió al atribuir falso testimonio a Z. (art. 165 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo demás, es cierto que en la causa N° G 4005-2014/0 el grupo de vecinos involucrado llegó a un acuerdo con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y desocupó el inmueble que finalmente se demolió, como estaba previsto. Pero ello no significa que la demandada hubiera obrado convencida de la propia sinrazón, a sabiendas y con intención de calumniar al actor con el único propósito de dilatar el cumplimiento de la resolución 156/2014.

Por tanto, no encuentro mérito para apartarme de la solución proporcionada por la colega de grado en este punto.

V. Se agravió también el actor por el rechazo de los rubros que componen el reclamo indemnizatorio.

Cabe recordar que la responsabilidad civil requiere de la verificación de los siguientes presupuestos: a) antijuridicidad, b) factor de atribución, c) la existencia de un daño y d) la relación de causalidad adecuada entre esta y el factor de imputación que, en el caso es subjetivo (conf. Llambías, Jorge J. "Obligaciones", ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed., T. I, N° 98, p. 119; Cazeaux - Trigo Represas, "Obligaciones" T. I, ps.

316 y 367). Por tanto, si no se configura la antijuridicidad —como ocurre en el caso— es ocioso examinar los siguientes recaudos, entre ellos, el daño.

VI. Otra de las quejas es la vinculada a la omisión de tratamiento del derecho de réplica invocado de manera poco precisa en la demanda, a tal punto que no queda claro si lo que se pide es la publicación de la sentencia como modo de reparación o bien el ejercicio de la prerrogativa que menciona el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En las quejas, el actor afirma que, de no admitirse el derecho fundamental de rectificación o respuesta, se hará incurrir a nuestro país en responsabilidad internacional. Se dice asimismo que el juzgador no puede decidir si autoriza o no dicha prerrogativa, sino que debe garantizar que se aplique cuando un ciudadano sea implicado en un artículo periodístico y se hubiere sentido ofendido en su fuero íntimo, como sucedió en este caso. Vale decir, según el recurrente, el juez no está llamado a valorar la procedencia del pedido, sino que automáticamente debe admitirlo por el solo hecho de ser invocado por quien ha sido mencionado en una nota periodística y se siente subjetivamente afectado.

No es dudoso que más allá de las controversias vinculadas a la reglamentación e incluso a su constitucionalidad, actualmente la operatividad del derecho de rectificación o respuesta reconocido por el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como así también su compatibilidad con la Constitución Nacional, son incuestionables. Así lo ha sostenido nuestro más alto tribunal en las pocas causas que han llegado a su conocimiento (CSJN, "Ekmekdjian c. Sofovich", Fallos: 315:1492; "Petric" (Fallos: 321:885).

Se trata de un medio de defensa y desagravio, un procedimiento de tutela extrajudicial —o, llegado el caso, judicial— puesto al servicio de la persona para el restablecimiento de sus bienes espirituales. Es un remedio otorgado para que el sujeto que fue aludido por un medio de difusión pueda dar a conocer la verdad que le es propia o que le permita difundir un desagravio contrapuesto a la difamación. No puede catalogarse como un derecho a la verdad o

al honor, pues solamente es una vía defensiva, una herramienta jurídica prevista legalmente para la reacción del damnificado (conf. Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos", ed. Astrea, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As. 2008, p. 728 ss.; Zannoni, Eduardo A. - Bísaro, Beatriz, "Responsabilidad de los medios de prensa", Ed. Astrea, Bs. As. 1993, p. 207; Rivera, Julio C., "El derecho de réplica, rectificación o respuesta", LA LEY, 1985-E, 787; Bianchi, Enrique T., "Derecho de rectificación o respuesta. La información inexacta y perjudicial", LA LEY, 1996-D, 1454; Rivera, Julio C., "El derecho de réplica, rectificación o respuesta", LA LEY, 1985-E, 786). Su carácter instrumental es incontestable, pues posibilita que todo aquel que se sienta afectado por la difusión de noticias o hechos que lo aluden y que son reputados por el afectado como falsos, erróneos o tergiversados, pueda difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión (conf. Zannoni - Bísaro, op. cit.).

Como puede inferirse, la rectificación o respuesta no es en sí mismo un derecho, sino una herramienta para restaurar o poner en su lugar aquellos derechos que se dicen vulnerados por informaciones falsas, equívocas, erróneas o agraviantes. En ella, el afectado o agraviado encuentra un dispositivo para dar una versión distinta de la proporcionada por el medio, que tiene la misma jerarquía que la noticia falsa o hiriente, pero pretende que el público pueda formarse un juicio imparcial. Por sí sola no demuestra la falsedad de la noticia que afecta a quien responde (conf. Zannoni - Bísaro, op. y loc. cit.).

Cabe destacar, por otra parte, que, además de su dimensión individual, la rectificación o respuesta preserva el interés público en obtener la verdad informativa, que se nutre de las investigaciones del informador, la seriedad de sus fuentes y la posibilidad de rectificar lo erróneo. La comunidad se beneficia, sin duda, porque de este modo se garantiza el acceso a la verdad (conf. Bielsa, Rafael, "La función de la prensa y el derecho de réplica", Rev. del Colegio de Abogados, marzo-abril 1933, año XII, T. XI, p. 79), en la medida que se construye un canal que permite que todas las voces sean escuchadas, de modo que el destinatario de la información pueda contar con elementos distintos para el-

borar aquello que se transmite. En definitiva, es una herramienta democrática al servicio de la información.

Para verificar sus requisitos de procedencia, corresponde examinar los términos en que la rectificación o respuesta ha sido regulada en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la Constitución Nacional con la Reforma de 1994. Bajo el título Derecho de rectificación o respuesta, dicho Pacto dispone: "1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido..."

A partir de lo expuesto cabe concluir que la rectificación o respuesta se circunscribe a "las informaciones inexactas o agraviantes" emitidas en perjuicio de quien solicita su implementación. Vale decir, en primer lugar, el precepto limita el derecho al ámbito de los hechos, cuya existencia —o inexistencia— puede ser objeto de prueba. De modo que excluye todo aquello que se vincule con la interpretación de esos hechos. Tampoco se encuentran comprendidas en la Convención, las ideas, creencias, opiniones, conjeturas, juicios críticos o de valor. De allí, frente a una formulación fuertemente crítica, podrán tener cabida otro tipo de medidas, pero no dará ocasión al ejercicio del mal denominado "derecho de réplica", tal como está previsto en el art. 14, anteriormente transcrito.

En segundo término, es exigible que el afectado resulte directamente mencionado o aludido de tal forma que su individualización sea fácilmente reconocible. Por último, se requiere que la información sea inexacta o agraviante. Es decir, debe tratarse de un hecho "rectificable", susceptible de ser replicado con datos objetivos, pero, además, que tengan entidad para desmantelar la versión que ha proporcionado el medio o el periodista.

No toda inexactitud informativa fáctica dará derecho a la rectificación. La que se revela nimia

y sin aptitud dañosa no está comprendida en el precepto, porque este exige que las informaciones inexactas hayas sido “emitidas en su perjuicio” (conf. Bianchi, Enrique T., op. cit.; Diegues, Jorge A., “Derecho de rectificación o respuesta”, LA LEY, 2011-F, 1153).

No abrigo dudas que los recaudos antedichos son susceptibles de ser interpretados por el juzgador, que no se transforma en un operador mecánico que oficia de mero intermediario entre el sujeto que solicita la aplicación de la garantía y el medio periodístico. Semejante conclusión implicaría desconocer la misión constitucional que está llamado a cumplir el Poder Judicial de la República, esto es, la de valorar si los hechos que se someten a juzgamiento encuadran en la hipótesis abstracta o presupuesto de la norma que se invoca.

Desde la perspectiva anteriormente expuesta pienso que, en la especie, no se encuentran reunidas las condiciones para acceder al pedido. Basta con leer la nota periodística para advertir que la única referencia a Z. y R., es que “hostigaban” a los moradores, diciéndoles que les iban a hacer una denuncia penal por usurpación, de modo que la conducta reprochada guarda relación con el ejercicio de acciones legales que, como es obvio, no constituye la imputación de un delito o de una amenaza injusta o ilegal. También se dice que “ellos tenían una llave del edificio, pero nosotros cambiamos la cerradura cuando lo advertimos. A los dos o tres días vinieron y la pusieron de nuevo. Pero no pudieron entrar”.

Tal como surge claro de la nota, las personas mencionadas por el periódico —entre ellos, el actor— procuraban cumplir la tarea que se les había encomendado, de modo que no se advierte falsedad ni agravio susceptible de ser replicado por la vía que se procura implementar. De ningún modo se relaciona al actor con otras situaciones que menciona el artículo, como realizar durante horas de la noche llamadas anónimas amenazantes o pinchaduras de teléfonos. En el párrafo respectivo tampoco se percibe algún hecho o dato tergiversado referido a recurrente, susceptible de ser refutado o desvirtuado, elemento que debe ser inexorablemente verificado para examinar la legitimación del pretensor. Como bien se dijo, la facultad de so-

licitar la rectificación o respuesta debe ejercerse frente a informaciones falsas o agraviantes que causen un perjuicio actual y concreto a la persona aludida (conf. Diegues, Jorge, “Derecho de rectificación o respuesta”, LA LEY, 2011-F, 1153).

Quedaría en pie la errónea denominación de la posición que ocupaba el actor en la administración pública. No era “funcionario”, en el sentido que en forma corriente se da al término, sino un ejecutor de las órdenes impartidas por la autoridad competente, cuestión sin duda menor que, luego de haber transcurrido más de seis años de la publicación deviene irrelevante, en la medida que no tiene entidad para causar perjuicio actual al recurrente, susceptible de ser enmendado por la vía escogida.

Pienso, entonces, que aun cuando la colega de grado omitió expedirse en concreto sobre la procedencia del procedimiento requerido, la suerte adversa del planteo se impone.

VII. Finalmente, en cuanto a las costas, estas no tienen el carácter de “pena” que le atribuían las leyes de partidas, sino que se trata de una indemnización debida a quien injustamente se vio obligado a efectuar erogaciones judiciales. Es decir, los gastos que se han ocasionado al oponente al obligarlo a litigar, con prescindencia de la buena o mala fe y de la poca o mucha razón del perdedor pues, para el criterio objetivo de la derrota, la conducta de las partes o el aspecto subjetivo es irrelevante (CSJN, Fallos: 312:889, 314:1634; 317:80,1638; 323:3115, entre otros; Morello - Sosa - Berizonce, “Códigos Procesales...”, p. 58, com. art. 68; Chioyenda, “Principii”, T. I, p. 901; Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, p. 44 y ss., 1ª reimpresión, Astrea, 2000, y sus citas). Es verdad que en nuestro ordenamiento legal el criterio mencionado no es absoluto (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal) y puede ser dejado de lado tanto frente a la configuración de situaciones excepcionales como en caso de presentarse las circunstancias específicamente contempladas en la ley (conf. Gozaíni, Osvaldo A. “Costas Procesales”, p. 78). Pero, en la especie, los argumentos vertidos por las emplazadas no ofrecen ningún motivo atendible que autorice a apartarse del principio expuesto, en la medida que en las quejas solo se exponen cuáles fueron las

razones subjetivas para litigar que, en definitiva, han demostrado ser infundadas.

Por tanto, propicio rechazar las quejas también en este punto.

IX. En síntesis. Postulo confirmar la sentencia en todo lo que decide y ha sido materia de apelación, aclarándose en los términos del art. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que tampoco procede la rectificación o respuesta solicitada.

De compartirse, las costas de Alzada deberán ser impuestas al actor, que resulta vencido.

La doctora *Iturbide* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) confirmar la sentencia apelada, con costas de Alzada al actor vencido (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 2) I.- En lo que hace a los recursos por honorarios corresponde en primer término señalar que el 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, *in re* “Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal (cf. esta Sala *in re* “Grosso, C. c. Greco, M.” del 30 de mayo de 2018). Según esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, teniendo en cuenta el tiempo en que fueron realizados los trabajos que dan lugar a las regulaciones de honorarios recurridas en autos, como así también las etapas procesales comprendidas que serán detalladas en el siguiente considerando, es que resultan de aplicación las pautas establecidas en la ley 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y en la ley 27.423. II. En función de lo expuesto y al efecto de entender en las apelaciones de fs. 470, 472/475 (cuyos fundamentos fueron contestados a fs. 478); y fs. 489, deducidas por considerar altos y bajos los honora-

rios regulados en la sentencia dictada por la magistrada de primera instancia, para los trabajos comprendidos en las primeras dos etapas se tendrá en consideración la naturaleza del asunto, el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, la eficacia y la extensión de los trabajos realizados, las etapas procesales cumplidas, el resultado obtenido, la trascendencia jurídica y moral del litigio, el monto del proceso y las pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 14, 19, 37 y cc. de la ley 21.839 - t.o. ley 24.432. Para el conocimiento de las labores desarrolladas en la tercera etapa, se considerará el monto del asunto conforme las pautas del art. 22, el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y de la resolución a que se llegare para futuros casos; y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y cc. de la ley 27.423. III. En relación a los cuestionamientos vertidos en el recurso de fs. 472/475, en torno a un eventual exceso del tope que prevé el art. 730 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, debe señalarse que dichos argumentos no fueron propuestos a la decisión del juez de primera instancia en la resolución en crisis, quedando vedado para este Tribunal fallar respecto de ellos (art. 277 del Código Procesal). Ello, por cuanto no es la expresión de agravios la vía para introducir planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal. IV. En consecuencia, por resultar bajos los honorarios regulados a favor del letrado apoderado de la codemandada “Editorial La Página SA”, Dr. Carlos Norberto Prim, es pertinente su elevación y discriminación de los emolumentos correspondientes a la Dra. Nahir Benavídez. Por lo tanto, se elevan los honorarios del Dr. Carlos Norberto Prim a la suma total de pesos... (\$...), de los que corresponde la suma de pesos... (\$...) a la primera y segunda etapa y la cantidad de... UMA, equivalentes a la suma de pesos... (\$...) conf. Ac. 1/2021 CSJN por su labor en la tercera etapa; y corresponden a la Dra. Nahir Benavídez, por su intervención como apoderada en las audiencias testimoniales que se celebraron

a fs. 320 y 329, la suma de pesos... (\$...). Por no resultar excesivos se confirman los emolumentos correspondientes al Dr. Raúl Eduardo Falconi, patrocinante de la codemandada Ana María Villarreal. V. Respecto de la mediadora interviniente y ponderadas las constancias de autos, la naturaleza del asunto, el monto comprometido y pautas legales del art. 2, inciso D) del Anexo III del Decreto Reglamentario 2536/2015, resultan bajos los honorarios fijados a la Dra. Julieta Molinari, por lo que se los eleva a la suma de pesos... (\$...), equivalente a... UHOM. VI. Finalmente, por la labor profesional desarrollada ante esta instancia que culminó con el dictado de la presente, se regulan los honorarios del Dr. N. A. Z., letrado en causa propia, en conjunto con su patrocinante, el Dr. Marlon César Martínez en la cantidad de... UMA, equivalentes a la suma de pesos... (\$...), y los del Dr. Carlos Norberto Prim en la cantidad de... UMA, equivalentes a la suma de pesos... (\$...), todo ello conforme al art. 30 de la ley 27.423 y lo dispuesto por la Ac. 1/2021 CSJN. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente.* — *Gabriela A. Iturbide.*

SECUESTRO PRENDARIO

Planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Prenda. Ejecución extrajudicial de la prenda.

1. — Los casos de prenda con registro no infringen ni el derecho constitucional de defensa, especialmente en relación con el principio de inviolabilidad de la defensa ante el tribunal (art. 18, CN), ni el derecho de propiedad (art. 17, CN), ya que la aplicación del procedimiento abreviado es una consecuencia directa del acto de voluntad encarnada por el instrumento suscrito por las partes.
2. — El art. 39 de la Ley de Prenda no vulnera las garantías de los arts. 17 y 18, CN, porque la pérdida de la propiedad se conjura pagando la deuda que da origen a la ejecución y porque el accionado podrá hacer valer sus derechos con toda amplitud en la acción

ordinaria si realmente el procedimiento ha sido arbitrario o irregular, añadiéndose que el demandado al suscribir los contratos aceptó voluntariamente el gravamen que pesa sobre el bien adquirido y su régimen normativo, renunciando a los beneficios que pudieran derivar de un procedimiento previo judicial.

3. — La ejecución extrajudicial prevista en el art. 39 de la Ley de Prenda es un sistema contractualmente aceptado que no está en contradicción con legítimas políticas públicas. Por lo tanto, si las partes han estipulado por convenio la aplicación de dicha legislación, realizando actos de sujeción a ella, el resultado es que cualquier objeción de inconstitucionalidad debe ser desestimada.
4. — El art. 39 de la Ley de Prenda no hace otra cosa que consagrar a través de un procedimiento la posibilidad de una ejecución directa del bien prendado cuando el acreedor aparece calificado con ciertos requisitos de profesionalidad que presuponen seriedad y responsabilidad en su proceder, con prescindencia de la intervención judicial, cuyo concurso se limita a controlar el título y facilitar la venta directa de ese bien —a través de su secuestro—.

CNCom., sala A, 12/03/2021. - FCA Compañía Financiera SA c. Hernández Meneces, José Abelino s/ secuestro prendario.

[Cita on line: AR/JUR/1900/2021]

COSTAS

Se imponen al recurrente vencido.

27.514/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 12 de 2021.

Vistos:

1. Apeló el Sr. José Hernández Meneces la resolución del 28/09/2020 que rechazó el planteo de nulidad del secuestro prendario como el de inconstitucionalidad, con costas a su cargo.

La Sra. Juez de Grado sostuvo que el nulidicente no expuso siquiera someramente, cuáles serían las defensas que se habría visto impedido de oponer en este proceso prendario. Indicó que no era de aplicación el art. 42 CN porque el aquí reclamante no revestía la calidad de consumidor —véase que del sumario administrativo que obra en copia digital en el expediente, surge que el vehículo estaba prestando servicios como ambulancia—, por lo que la cosa gravada se hallaba realizando una actividad comercial, al tiempo del secuestro. Asimismo, rechazó la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley de prenda.

Los fundamentos del recurso obran desarrollados en autos y contestados por la parte actora.

La Sra. Fiscal actuante ante esta Cámara se expidió propiciando la confirmación del fallo de grado.

2. La recurrente alegó que, como contratante directo de la prenda, según dijo, detentaría la calidad de consumidor y consideró la interpretación de la juzgadora como restrictiva. Indicó que este trámite afectó su derecho de defensa en tanto la medida se tomó, sin su participación previa, denotando ello una relación de disparidad entre las partes al tratarse en un contrato de adhesión.

Alegó que al no permitírsele ejercer el derecho de defensa que tutela el art. 42 CN como consumidor debía nulificarse el secuestro y devolverse el vehículo.

Reafirmó la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley de prenda por los fundamentos que expuso y a cuya lectura cabe remitirse.

3. Planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley de prenda.

3.1. En ese marco, señálase que es doctrina corriente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 306:136, entre otros). Como lógico corolario de este principio se deriva que un planteo de tal índole debe contener, necesariamente, un sólido desarrollo argumental y contar con no menos

sólidos fundamentos para que pueda ser atendido, no bastando la invocación genérica de derechos afectados.

La correcta proposición de cuestiones federales implica que se desarrolle sobre el punto una auténtica controversia en el caso concreto. Esta tesis encuentra razón última en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional, que imponen la necesidad de que la tutela judicial esté condicionada a la existencia de una efectiva colisión de normas, pues no compete a los Tribunales hacer declaraciones generales o abstractas (Fallos: 2:253; 12:372; 24:248; 94:444; entre otros).

La Corte (Fallos: 301:991 ya citado y otros) si bien en referencia a normas de la anterior Carta Magna, pero de similar contenido que las referidas de la actual Constitución, manifestó que casos o causas en los términos de dichas cláusulas constitucionales son los que contempla el art. 2 de la Ley 27, con la exigencia de que los Tribunales solo ejerzan jurisdicción en los casos contenciosos.

Mas ello no es todo, los casos o controversias deben ser “planteados de tal manera que el poder judicial sea apto para actuar sobre ellos” (conf. “Liberty Ware-house c: c. Grannis” US 70, 74, cit. en “Jurisdiction of de Supreme Court of de United States”, Robertson & Kirkham, párr. 241, nota 19).

En el mismo sentido, se ha dicho que “ese poder solo puede ser puesto en ejercicio cuando la causa se le someta a la Corte por una parte que basa sus derechos en la forma prescripta por la ley. Esto constituye ‘un caso...’ (obra citada, párrafo 241 p. 412). A la luz de la doctrina ‘supra’ señalada, advertimos que aquí no se ha formulado una auténtica “controversia” en relación a la invalidez de la norma con relación a una concreta resolución recaída en su caso.

3.2. El secuestro prendario previsto por el art. 39 de la ley de prenda importa que la actividad jurisdiccional se reduce a ordenar y llevar a cabo el secuestro del objeto gravado. A su vez, el Ministerio Público sostuvo que el recurrente no explicitó las características de su vinculación con la empresa que explotaba el automóvil prendado y, desde tal perspectiva, al no encuadrarse el recurrente como “destinatario final” de la cosa

la cuestión debía resolverse por las previsiones del derecho mercantil.

Ahora bien, no puede soslayarse que, en el caso, se está en presencia de una prenda con registro, instituto que regula una garantía real sobre cosas muebles o universales sin desplazamiento, no posesoria. Se trata de una figura que en su génesis reconoce la idea de que el titular de un bien mueble pueda gravarlo en garantía, a fin de satisfacer necesidades de financiamiento, con la innegable ventaja de no sustraer ese bien de la función productiva o de utilidad que le es propia y que reporta beneficios para su titular.

Cabe recordar, que si bien el derecho de prenda común, concretado a cosas muebles, tiene una larga tradición histórica, fue quedando reducido a estrechos límites, siendo usado para mercaderías, alhajas u objetos de valor y escaso volumen. Ello, porque, en principio, manifestaba la desconfianza del acreedor y también porque las mercaderías gravadas estaban sujetas a variaciones de cotización, de forma que los acreedores se encontraban a veces con que no podía reembolsarse el total importe de los créditos y, en fin, porque los bienes dados en prenda debían ser remitidos al acreedor y ya no podían ser más usados por el deudor (conf. conf. Cámara Héctor, “Prenda con Registro o Hipoteca mobiliaria”, p. 17 y ss.).

Por su parte, la prenda sin desplazamiento aparece históricamente como una etapa intermedia para conducir a la hipoteca mobiliaria y es lo que ocurre en materia de bienes muebles, la prenda sin desplazamiento prefigura la admisión legal de la hipoteca mobiliaria y esta hipoteca existe siempre que la garantía esté acompañada del derecho de reipersecución. En su evolución, esta institución ha facultado al deudor prendario para disponer libremente, incluso, de las cosas fungibles gravadas, con la condición de su reposición por otras de igual calidad, como sucede con la llamada prenda flotante.

Palacio define el contrato de prenda con registro como aquel mediante el cual, para asegurar el pago de una suma de dinero o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que se atribuya un valor dinerario o la percepción total o parcial del precio de mercaderías vendidas, se

afectan por el deudor o un tercero, bienes muebles o semovientes y frutos o productos, aunque estén pendientes, que quedan en su poder con facultad de usarlos o industrializarlos, y cuya inscripción en un registro produce efectos contra terceros, autoriza el otorgamiento de un certificado que es transmisible por endoso y otorga al acreedor un privilegio sobre los bienes afectados (Derecho Procesal Civil, T. VII, p. 714).

En tal contexto, se ha señalado que las seguridades reales, al aumentar las probabilidades del reembolso, estimulan considerablemente el crédito y reducen la tasa de interés, por sus efectos concretos: el *ius preferendi*, frente a los demás acreedores quirografarios sobre un bien determinado —especialización de la responsabilidad común del deudor— con facultad de satisfacerse antes que estos y escapando al concurso, y el *ius persecutionis* o inherencia por la oponibilidad *erga omnes* (conf. Cámara, ob. cit., p. 12).

Es en ese marco que el Decreto-Ley de Prenda con Registro N° 15.348/1946, ratificado por la Ley N° 12.962 y modificado por el Decreto-Ley N° 6810/1963 contempla en su art. 39 un especial mecanismo, a través del cual, con un criterio restrictivo (art. 5), admite que cuando el acreedor es el Estado, un banco, una institución financiera autorizada, un banco internacional o una institución financiera internacional, y contemplando que tales entidades son profesionales, en caso de incumplimiento, se pueda, mediante la presentación del certificado prendario registrado, solicitar al juez que emita una orden de secuestro que deberá ser ejecutada de inmediato, sin conceder una audiencia al deudor. De acuerdo con la orden del juez, el bien otorgado en garantía deberá ser entregado al acreedor garantizado o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado, señalando que dicho acreedor tiene derecho a venta en subasta privada. Cualquier excepción o defensa que el deudor pretenda hacer valer contra dicha orden, deberá ser realizada a través de una acción judicial independiente, según lo previsto en la legislación procesal local. Mas dicha acción judicial independiente no impedirá, que el acreedor garantizado pueda ejercer sus derechos de ejecución contra los bienes en garantía. Este proceso de secuestro abreviado y la subasta extrajudicial de prendas registradas a favor de los acreedo-

res financieros se halla también previsto en el proceso de insolvencia del deudor (art. Ley 23 LCQ), con la única condición previa de que el acreedor debe presentarse ante el juez del concurso y, después de la subasta, rendirá cuentas de ese acto ante el tribunal, con la intervención del síndico o fiduciario y del deudor.

Dicho de otra forma, el citado art. 39 de la ley de prenda no hace otra cosa que consagrar a través de este procedimiento la posibilidad de una ejecución directa del bien prendado cuando el acreedor aparece calificado con ciertos requisitos de profesionalidad que presuponen seriedad y responsabilidad en su proceder, con prescindencia de la intervención judicial, cuyo concurso se limita a controlar el título y facilitar la venta directa de ese bien —a través de su secuestro—. Ello, se reitera, en el entendimiento de que los bancos e instituciones supra aludidas en tanto entes obligados por sus responsabilidades y profesionalismo, se hacen merecedores de la excepcional atribución de ejecutar extrajudicialmente la prenda, conforme el régimen ya citado. Es de destacar que la experiencia de nuestros tribunales ha demostrado que esta práctica se ha desenvuelto, en todos estos años, sin que —en general— se registraran conductas abusivas o distorsiones en la ejecución de esta facultad que justifiquen poner en entredicho la eficacia del instituto como instrumento que resguarda la financiación del crédito, contemplando de manera equilibrada los intereses en juego, a lo que debe de haber contribuido, sin duda, el parámetro de calificación de los acreedores beneficiados que la norma exige.

En el caso de autos, media acogimiento del deudor al régimen de la prenda con registro pues, el recurrente constituyó una prenda con registro en los términos del decreto ley 15.348/1946 ratificado por la ley 12.962 (fs. 14 vta.).

3.3. A esta altura del relato, la incidentista no logró acreditar cuál es el perjuicio que le ocasiona la norma que impugna y, por ende, tal carencia conlleva que la inconstitucionalidad no pueda progresar.

En esa línea, aparece dirimente dejar establecido que los casos de prenda con registro no infringen, ni el derecho constitucional de defensa,

especialmente en relación con el principio de inviolabilidad de la defensa ante el tribunal (art. 18 CN), ni el derecho de propiedad (art. 17 CN), ya que la aplicación del procedimiento abreviado es una consecuencia directa del acto de voluntad encarnada por el instrumento suscrito por las partes (conf. CCiv. y Com. Mar del Plata “Citibank NA c. Morawski”, 09/12/1998). En efecto, la Corte Suprema ha admitido las ejecuciones de ese tipo mediando una convención libremente pactada con base legal y con fundamento, además, en razones de conveniencia y utilidad generales, como lo es en el caso de autos, el acceso a un financiamiento razonable (arg. CSJN, 21/02/1958, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Luis Viale”, del 25/04/2000, Fallos: 240:66; 199:389).

Va de suyo que no existe violación de las garantías de los arts. 17 y 18 CN, porque la pérdida de la propiedad se conjura pagando la deuda que da origen a la ejecución y porque el accionado podrá hacer valer sus derechos con toda amplitud en la acción ordinaria si realmente el procedimiento ha sido arbitrario o irregular, añadiéndose, que el demandado al suscribir los contratos aceptó voluntariamente el gravamen que pesa sobre el bien adquirido y su régimen normativo, renunciando a los beneficios que pudieran derivar de un procedimiento previo judicial (conf. CSJN, “Juana Vukic y otra c. Banco de la Nación”, Fallos: 323:809).

Por ende, el voluntario sometimiento del interesado a un régimen legal o a sus beneficios, sin reservas expresas, en principio, importa un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 270:26; 294:220; 308:1837; 310:1624; 311:1880; 323:809).

Va de suyo, como principio entonces y, en este contexto, la ejecución extrajudicial es un sistema contractualmente aceptado que no está en contradicción con legítimas políticas públicas. Por lo tanto, si las partes han estipulado por convenio la aplicación de dicha legislación, realizando actos de sujeción a ella, el resultado es que cualquier objeción de inconstitucionalidad debe ser desestimada (conf. esta CNCom., esta Sala A, 03/11/2015, “HSBC Bank Argentina SA c. Juárez, Enrique L. s/ secuestro prendario”; CN-

Civ., Sala J, “Citibank NA c. Carnevale G. s/ ejecución hipotecaria”).

4. Pretensión de nulificar el secuestro prendario.

En cuanto a la pretendida nulidad del secuestro prendario, cabe puntualizar que el art. 172 del rito es claro al disponer los recaudos necesarios para su audibilidad, por ejemplo, la expresión por parte del nulidicente de las defensas que se vio imposibilitado de oponer y, contemplando que este no expuso, siquiera someramente, las defensas que se vio impedido de oponer en el proceso prendario que se llevó a cabo en el marco de la prenda, tal carencia sella la suerte adversa, también, del tópico de que aquí se trata.

Reafirma lo antedicho la circunstancia de que todo planteo nulificatorio, en tanto constituye una medida extrema, debe valorarse con criterio restrictivo ya que su declaración priva de sus efectos propios al acto impugnado, regla que se apoya en el principio de que, frente a la necesidad de obtener actos válidos y no nulos, pues de lo contrario se vería lesionado el orden y la estabilidad de los procedimientos (cfr. Podetti, “Derecho Procesal. Tratado de los actos procesales”, T. II, p. 490; Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, T. IV, p. 162). En suma, no hay nulidad de forma si la desviación —supuesto que no se configuró en autos— no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa, por lo tanto la nulidad pedida por el solo interés de la ley y/o para satisfacer meros pruritos formales, cuando no exista agravios, no puede llevar a otra decisión, se reitera, que la desestimación.

Por todo lo hasta aquí expuesto, comparando lo dictaminado por la Sra. Fiscal General, esta Sala resuelve: a. Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución de grado en lo que fue materia de agravio; b. Las costas de Alzada se imponen a la parte recurrente sustancialmente vencida en autos (art. 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese a la Sra. Fiscal General actuante ante esta Cámara y a las partes. Oportunamente, devuélvase las actuaciones digitales a la instancia anterior. A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de

la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *Héctor O. Chomer.* — *María E. Uzal.* — *Alfredo A. Kölliker Frers.*

PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN PANDEMIA

Repartidor a domicilio. Medida cautelar. Desbloqueo de aplicación informática. Verosimilitud del derecho.

1. — Corresponde revocar la resolución apelada y, consecuentemente, admitir la medida cautelar ordenando a la demandada que proceda inmediatamente a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil del actor mediante su identidad digital (“ID”), a fin de que continúe prestando servicios en la misma forma y condiciones en que lo hizo hasta el 17 de julio de 2020. El art. 2° del DNU 329/2020 prohibió los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días, que ha sido objeto de sucesivas prórrogas [1].
2. — De los términos de los correos electrónicos y telegramas acompañados por el actor se desprende que la demandada, si bien desconoció el carácter laboral de la relación, reconoció en cambio la existencia de una vinculación continuada en virtud de un contrato (al que calificó como de “locación de servicios”). Asimismo, las facturas acompañadas dan cuenta de la percepción de sumas similares, con periodicidad mensual, desde julio de 2019 a julio de 2020. Estos elementos, apreciados a la luz de la presunción del art. 23 de la LCT, permiten tener por acreditada la verosimilitud del derecho, entendida simplemente como la posibilidad de que ese derecho exista y no como una incontrastable realidad.
3. — Resulta sumariamente acreditado que la demandada decidió rescindir unilateralmente el vínculo a partir del 17 de julio de 2020 y si bien invocó una motivación, los términos empleados (“incumplimiento

de la cláusula 7.1.7 del contrato comercial que firmara”) no permiten al tribunal, por el momento, apreciar con claridad la existencia o inexistencia de una causa justificada de rescisión.

CNTrab., sala IV, 02/02/2021. - Montero Dufour, Matías Nahuel c. Repartos YA SA.

[Cita on line: AR/JUR/117/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo Nro. 20, 30/12/2020, “Solís, Miguel Fernando c. Repartosya SA s/ medida cautelar”, AR/JUR/70513/2020.

Causa N° 22.777/2020/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 2 de 2021.

Considerando:

1. Que el actor promovió el dictado de una medida cautelar innovativa “a fin de que se ordene la Inmediata reinstalación del actor y se condene a abonar a la demandada los salarios caídos desde el despido notificado (cuya nulidad se persigue)...a raíz del bloqueo de la cuenta ID 37.470 y hasta la efectiva reincorporación conforme fueron devengados mes por mes contra Repartos Ya SA”.

El Sr. Juez *a quo* desestimó dicha petición por entender, en síntesis, que “no luce —en esencia y al menos en esta instancia del proceso— acreditado que la relación que ligara a las partes se encuentre subsumida en la órbita de aplicación de la Ley de contrato de Trabajo, pues como el propio actor refiere en su presentación del inicio, la accionada negó la existencia de una relación laboral, extremo que impide —al menos *prima facie* y sin que esto implique adelantar opinión sobre el fondo del asunto— tener por acreditado este extremo...”

Esta decisión fue apelada por el actor a mérito de la presentación incorporada al sistema Lex 100 el día 20 de octubre.

2. Que el art. 2° del decreto de necesidad y urgencia n° 329/2020 prohibió los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminu-

ción de trabajo y fuerza mayor por el plazo de 60 días, que ha sido objeto de sucesivas prórrogas.

Como se expresa en los considerandos del citado DNU, esa medida se origina en la imperiosa necesidad de “garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social” que “solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales, que no serán más que una forma de agravar en mayor medida los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar”.

3. Que de los términos de los correos electrónicos y telegramas acompañados por el actor se desprende que la demandada, si bien desconoció el carácter laboral de la relación, reconoció en cambio la existencia de una vinculación continuada en virtud de un contrato (al que calificó como de “locación de servicios”).

Asimismo, las facturas acompañadas dan cuenta de la percepción de sumas similares, con periodicidad mensual, desde julio de 2019 a julio de 2020.

Estos elementos, apreciados a la luz de la presunción del art. 23 de la LCT permiten, desde una perspectiva meramente provisional y sin perjuicio de la decisión que quepa adoptar en definitiva (a la luz de las defensas que pueda esgrimir la demandada y de las pruebas que ambas partes puedan producir), tener por acreditada la verosimilitud del derecho, entendida simplemente como la posibilidad de que ese derecho exista y no como una incontrastable realidad, que solo podría quedar establecida al cabo del proceso de conocimiento, en la sentencia definitiva.

Al respecto conviene recordar que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN, Fallos: 306:2060 y 315:2956, entre muchos otros).

4. Que, asimismo, resulta sumariamente acreditado que la demandada decidió rescindir unilateralmente el vínculo a partir del 17 de julio de 2020 (ver, en especial, la carta documento del 4 de agosto del mismo año) y si bien invocó una motivación, los términos empleados (“incumplimiento de la cláusula 7.1.7 del contrato comercial que firmara”) no permiten al Tribunal, por el momento, apreciar con claridad la existencia o inexistencia de una causa justificada de rescisión.

5. Que tales circunstancias fácticas permiten tener por configurado el presupuesto del peligro en la demora, en el contexto de un derecho que se advierte con suficiente verosimilitud, por lo que correspondería acceder a la cautela requerida, mientras tanto sea sustanciada la cuestión de fondo, con intervención de la contraria, en aras de su garantía de defensa en juicio —art. 18 CN—.

Al respecto corresponde señalar que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que deba recaer. Esas medidas están destinadas a satisfacer cualquier petición que, por el paso del tiempo (el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final), resulte materialmente irrealizable. (Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. VIII —Procesos cautelares —voluntarios—, Editorial Abeledo - Perrot, p. 13.).

Cabe reiterar que las medidas preventivas no requieren prueba terminante y plena del derecho invocado y en el presente caso el Tribunal advierte que concurren suficientes elementos para tener por configurada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora en la medida que requiere la provisionalidad de la actual decisión.

No debe soslayarse en el análisis, que las circunstancias fácticas sobre las que el actor fundó su pretensión podrían variar en el futuro y, tras ello, modificarse sustancialmente la situación procesal, por lo que este tipo de medidas no causan estado.

Por lo expuesto y oído el Sr. Fiscal General interino, corresponde revocar la resolución apelada y, consecuentemente, admitir la medida

cautelar ordenando a la demandada que proceda inmediatamente a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil del actor mediante su identidad digital (“ID”) 37.470, a fin de que continúe prestando servicios en la misma forma y condiciones en que lo hizo hasta el 17 de julio de 2020, bajo apercibimiento de astreintes, a razón de \$1.000 por cada día de retardo. Que como lo ha decidido este Tribunal en casos análogos, no corresponde por el momento expedirse sobre las costas, sin perjuicio de lo que en su momento se resuelva al decidirse sobre el fondo de la cuestión (esta Sala, 30/09/2009, SI 47.023, “Yegros, Claudio O. y otros c. Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/ cobro de salarios”; íd., 17/05/2011, SI 47.917, “González Herrera, Mario O. c. Ferrocarril General Belgrano SA s/ juicio sumarísimo”; íd., 25/10/2011, SI 48.526, “Becerra Duo, Paola A. c. Galeno Argentina SA s/ acción de amparo”; CNAT, Sala V, SI 70.202, 08/11/2007, “Robotti, Sandra L. c. Schori SRL y otros s/ despido”). Cópiese, regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvase. — Héctor C. Guisado. — Silvia E. Pinto Varela.

DERECHO A UNA MUERTE DIGNA

Mujer que padece polimiositis. Enfermedad autoinmune, incurable, degenerativa y progresiva. Homicidio piadoso. Principio del doble efecto. Excepción legítima de no punibilidad. Respeto a la autodeterminación del paciente. Procedimiento técnico de la eutanasia.

1. — Corresponde declarar fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de la demandante, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En consecuencia, consentida que sea la sentencia: se dispone que se inaplique el art. 112 del Cód. Penal peruano vigente, para el caso; por lo que los sujetos activos no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especi-

- fique; en tanto ella no puede hacerlo por sí misma.
2. — Debe ordenarse al Ministerio de Salud y a la codemandada respetar la decisión de la demandante, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa) un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin.
 3. — Se declara improcedente la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud peruano que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la demandante, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.
 4. — El derecho a la dignidad debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que vendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiaria de esta demanda, situación que permitiría considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del art. 112 del Cód. Penal es, en su caso, excesivo, y no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución.
 5. — Si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo, debe considerarse que se acredita el derecho de este. Asimismo, si quien ejecuta lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además un profesional médico o un equipo médico, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de muerte digna, de manera que no sea dolorosa (o que sea lo menos dolorosa y menos prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicológicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia. En este último caso, y solo en este caso, podría considerarse que la muerte digna es constitucional y, por tanto, es procedente y fundada la inaplicación del art. 112 del Cód. Penal peruano.
 6. — Habiéndose considerado que el procedimiento de muerte digna es un derecho, genera una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida y que el art. 112 del Cód. Penal peruano, en efecto, afecta derechos fundamentales; en consecuencia, es razonable que se estime la pretensión. Asimismo, se tiene presente que la demandada a otorgar el servicio prestacional de salud a la asegurada, cumple con los requisitos de institucionalidad necesarios para excluir la posibilidad de un móvil egoísta y puede conformar médicos que cumplan tal finalidad.
 7. — Existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera: una muerte digna. Algunos podrían entenderla como una muerte natural, una muerte heroica, una muerte trascendente, tal vez solo una muerte sin sufrimientos de ningún tipo; es decir libre, como la quiere la mayoría de los mortales. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad sostiene el derecho a concluir, si la vida carece de dignidad, de morir cuando aún la vida es digna o de no pasar una situación de indignidad que arrastre a la muerte indefectiblemente.
 8. — Existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un de-

recho fundamental. El suicidio no es un derecho, es más bien una libertad fáctica.

9. — La muerte digna es un derecho, y es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado, como lo ha expuesto la demandante y como lo entiende la judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.
10. — No tendría sentido considerar que la muerte digna es un derecho y al mismo tiempo aplicar la sanción a quien ayude a cumplir ese derecho.
11. — La eutanasia en un caso como el de la demandante, más que un homicidio piadoso, como lo denomina el tipo penal, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo; ello, teniendo en cuenta que, si no se le hubieran aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella, tal vez, habría fallecido. Estos tratamientos eran necesarios, los ha deseado y aceptado ella misma, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria; pero, llegado un momento en el que se ofende a su propia dignidad y sin tener al otro lado una real posibilidad de curación y de vida digna, solo se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano. El estado vegetativo, y sus similares clínicos, no son estados naturales, dicen los médicos.
12. — En principio es válido tomar la doctrina del doble efecto para analizar la licitud del suicidio asistido, en tanto la prohibición absoluta anularía derechos como la dignidad, la autonomía y la libertad, los mismos que deben incluirse en la mensura de la proporcionalidad, considerando además que no existen derechos absolutos y que el derecho a la vida igualmente tiene límites o situaciones de excepción, en la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, la guerra, la pena de muerte y aun en los casos del inocente, como la acción terapéutica de efectos nocivos, el aborto terapéutico o situaciones límite, como el ejemplo en el que un salvavidas debe escoger entre dos personas que se están ahogando, sabiendo que dejar por unos minutos el otro significará su muerte; así preservar la dignidad, la libertad del solicitante, evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal o incurable, en determinados casos, puede significar también una excepción no punible.
13. — No hay un límite preciso entre el encarnizamiento y los cuidados paliativos. La demandante ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día; sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. El médico así tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos; el encarnizamiento y la eutanasia. Suprimir la respiración finalmente podría significar una suerte de eutanasia con sufrimiento. Nos encontramos en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad.
14. — De acuerdo con el art. 1º de la Constitución peruana, la defensa de la persona humana y su dignidad es el primero entre los derechos fundamentales, al ser el fin supremo del Estado. La lectura constitucional, con relación a la ubicación formal de este artículo, determina la importancia de la dignidad y al punto que precede al derecho a la vida, sin perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental, ubicado en un inciso del artículo 2º, de donde se puede colegir que, por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su inte-

gridad física (la vida biológica) un aspecto de los derechos de la persona humana. De ello es que la demandante interpreta que debe reconocerse como derecho fundamental la muerte digna, lo que resulta defendible; empero, el modelo peruano tiene contradicciones, pues existe la norma penal prohibitiva.

15. — En el presente caso no se está debatiendo la eutanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es realmente sustancial, en tanto, en la eutanasia pura no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que en la muerte asistida o muerte digna implica necesariamente la voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez, porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad.
16. — La dignidad es un derecho fundamental de primerísimo orden, reconocido también en casi todos los sistemas jurídicos del mundo y que puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho; sin embargo, no es posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica.
17. — En el caso de la muerte asistida, existiendo una causal distinta al suicidio puro, que es el principio de solidaridad con el dolor ajeno en casos extremos, como el caso de la demandante, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional.
18. — En el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad. Así, una situación de distorsión debe probarse. Lo que sí puede hacerse es asegurar de que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el caso de la demandante, viene acompañando esta causa y en un último escrito ha adjuntado una escritura pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y en relación con su decisión de ser asistida en caso de que lícitamente le sea permitido. Esa decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.
19. — Aun cuando no existe en la legislación positiva peruana un enunciado normativo que declare el derecho a la muerte digna, procesalmente es posible hacerse desde la interpretación de los derechos fundamentales. En efecto, debe hacerse un juicio de relevancia y de proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y de libre determinación.
20. — Existen otros fundamentos que obligan a un pronunciamiento sobre la materia puesta a este despacho, como el principio de inexcusabilidad, que implica que, cuando se observa, de manera evidente, la necesidad de resolver un conflicto o declarar el derecho de una persona, no es posible que el juez deje de atender, bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento. Desde el derecho civil, se ha entendido tradicionalmente como una garantía de acceso a la justicia al ciudadano, por parte del juez.
21. — De acuerdo con la experiencia internacional, no es que, una vez levantada la sanción penal, cualquier persona y, de cualquier modo, puede acudir a la petición de muerte digna de la persona que lo solicite. Esta es la parte en que mayores cuestionamientos ha generado el caso y es la que a criterio de la parte demandada constituye el elemento que podría afectar los principios de separación de poderes y corrección funcional.
22. — Si el solo hecho de legalizar el suicidio asistido (lo que podría hacerse con una

norma legislativa) es de por sí un espacio de debate para cuestionar si puede ser dispuerto por el juez constitucional, es más debatible y cuestionable el establecer la funcionalidad de la pretensión. Más aún, una parte de las pretensiones de la demanda es que el protocolo se establezca para la aplicación en casos similares. Esto es, que se establezca una norma general y no para el caso concreto.

23. — El derecho ha logrado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. La dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción. La capacidad no puede ser considerada como sinónimo de dignidad o único fundamento de ella, ni siquiera como su único receptáculo. En efecto, la dignidad se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición. Pero también, por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad.
24. — La demandante, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir, es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si, eventualmente, no puede expresar su voluntad; y lo seguirá siendo si, también, pierde el uso de su razón.
25. — La razón es la referencia de la dignidad; y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que la demandante ha otorgado una escritura pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias, en el presente, cuando está vigente y lúcido su razonamiento, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando las decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e incluso su vida. Este acto jurídico, empero, mientras tenga capacidad de raciocinio, es revocable o modificable, en tanto son decisiones unilaterales.
26. — La vida digna es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella que nos reconoce el derecho y la sociedad, y aquella que percibe cada uno sobre su propia persona. Para que esto último ocurra, es preciso el uso de la razón y es por eso la mejor referencia de su propia dignidad; sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón, porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición y capacidad.
27. — La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso, que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. Así, no solo es la falta de razón la que generaría una pérdida efectiva de dignidad, sino la percepción clara, por medio de la razón, de que no es posible hacer uso de su libertad para seguir viviendo de una manera que espera. El dolor no es solo dolor físico.
28. — En el caso de la demandante, puede verse que narra una progresiva pérdida de sus afectos; como la pérdida de su intimidad, la pérdida de los momentos de estar a solas consigo misma y con sus pensamientos, el dolor físico que causan las “atenciones” e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una “carga” para su familia, la pérdida de sus amores y deseos trancos y seguramente una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. Entonces con lo poco que le queda, precisamente de esa libertad que está perdiendo, pide justicia, lo que para ella significa poner fin, en determinado momento, a esa paulatina pérdida de dignidad. Consideramos que esta es una razón para que la justicia exista. El Estado solo puede respetar ese acto de rebeldía frente a la ley. El Estado no puede dejar de tener piedad.

29. — El suicidio (la tentativa) no es sancionado en las normas positivas; es impune. Si bien la moralidad religiosa de un sector rechaza este acto, de manera absoluta como una irreverencia a quien le otorgó la vida, hay otro sector que admite o deja al debate en determinados casos, precisamente, con base en el uso de la libertad y la dignidad. El Estado laico, el sistema jurídico constitucional de valores, cuyo elemento central es precisamente la libertad y la dignidad, tiene una misión más allá del punto vista religioso y es la parte primera de que ocuparse, esto es, la de hacer justicia ante el reclamo de una persona.

CSup. de Justicia de Lima, Décimo Primer Juzg. Const., 22/02/2021. - Defensoría del Pueblo c. el Ministerio de Salud (MINSA), Seguro Social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH).

[Cita on line: AR/JUR/991/2021]

Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-11

Lima, febrero 22 de 2021.

Con el escrito de fecha 18 de febrero de 2021, presentado por la demandante y que se tiene presente.

Vistos:

El expediente, encontrándose el proceso en estado de expedir sentencia, se procede a resolver en atención a los siguientes hechos y considerandos:

I. Parte Expositiva:

Demanda

La Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor del Pueblo; Walter Francisco Gutiérrez Camacho; promueve un Proceso de amparo, en beneficio de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte contra el Ministerio de Salud, (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), a fin de que:

A. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis, ello con la finalidad de que pueda elegir, sin que los terceros sean procesados penalmente, al momento en el cual las emplazadas deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia.

B. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) por considerar que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la Sra. Ana Estrada Ugarte a una muerte digna, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

C. Se ordene a consecuencia de lo anterior a EsSalud, como entidad encargada de la gestión de las prestaciones de salud de la Sra. Ana Estrada Ugarte: (i) respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; debiéndose entender por “eutanasia” a la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; (ii) conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes a la emisión de la resolución judicial, para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; entre sus funciones, estará el acompañamiento integral antes y durante el proceso, el aseguramiento del respeto a la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte, el establecimiento de un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia; (iii) brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia. El adecuado ejercicio de este derecho implica que el procedimiento solicitado y diseñado por la Junta Médica debe ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en

que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. Para cuando Ana Estrada tome esa decisión, el plan debe estar aprobado y validado por el Ministerio de Salud, para lo cual el Juez deberá establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución de etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación de plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud).

D. Se ordene a consecuencia de lo anterior al Ministerio de Salud, en tanto ente rector del sector salud: (i) respetar la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; en virtud del reconocimiento judicial del derecho a la muerte en condiciones dignas, así como de los demás derechos fundamentales vinculados; (ii) validar en el plazo de 7 días hábiles el plan del procedimiento de eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica para el ejercicio de la muerte en condiciones de dignidad de la Sra. Ana Estrada Ugarte.

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

II. Derechos Constitucionales que se Consideran Vulnerados

- a. Derecho a la muerte en condiciones dignas
- b. Derecho a la muerte en condiciones dignas
Derecho a la dignidad
- c. Derecho al libre desarrollo de la personalidad
- d. Derecho a la vida diana
- e. Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos

II. Fundamentos de Hecho:

1. Expone que, se pretende proteger los derechos fundamentales lesionados y amenazados

de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte, quien padece de Polimiositis, enfermedad incurable, degenerativa, en etapa avanzada; que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos 12 meses.

2. Según el Informe Médico de un especialista en neumología, basados en la historia clínica de EsSalud de la beneficiaria y evaluaciones directas, que se pretende, sea independiente, así como de testimonios propios de Ana Estrada, (Tomados de su Blog electrónico), y diversos documentos; se tiene que su enfermedad se inició cuando tenía 12 años de edad y a los 14 se diagnosticó como Dermatomiositis, para lo cual se hicieron biopsias y otras intervenciones dolorosas y traumatizantes. Las primeras medicaciones con corticoides hincharon su cuerpo y deformaron su rostro, cuando tenía su primer enamorado, lo que en su momento le parecía lo más importante frente a las continuas citas médicas. A los 20 años, la debilidad muscular, la obligó a usar silla de ruedas. Recibió medicaciones con corticoesteroides, azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros, pese a lo cual la enfermedad ha progresado. Textualmente dice:

“...mientras no tenga el poder de mi libertad seguiré viviendo presa en un cuerpo que se está deteriorando cada minuto y que me atará a mi cama conectada las 24 horas al respirador y empezarán las úlceras en la piel que no son otra cosa que heridas que se expanden y profundizan hasta que se logra ver el hueso. Esas heridas supurarán pus y olerán a podrido y el tejido se va a necrosar. Pero eso será solo el comienzo de sendas infecciones y más medios invasivos y amputaciones y no moriré. Ese infierno será eterno y, repito, mi mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo morir.”

3. Ha recurrido a consultas en los Estados Unidos, con el mismo diagnóstico y previsiones que en el medio local, mientras el tratamiento, (con inmunoglobulina y otros), ha resultado infructuoso e interrumpido por periodos ante la falta de respuesta. El 2015, empezó a tener problemas frecuentes por acumulación de secreciones respiratorias, por falta de movilización.

En abril de 2019, Ana Estrada Escribió:

“Esta búsqueda por la muerte se convirtió paradójicamente, en una motivación para vivir. Todavía no he tenido un proceso infeccioso este año y no sé cuándo lo tendré, pero lo que digo es que, si yo tuviera el “permiso” del Estado para morir, estoy segura de que esos procesos infecciosos no serían así de terribles y los llevaría en paz, con esperanza y libertad”.

4. En julio del 2015 la Sra. Ana Estrada Ugarte desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante 6 meses, en los que tuvo complicaciones de infecciones respiratorias y fue intubada, le hicieron catéteres endovenosos y se le hizo una traqueostomía y gastrostomía, para respirar y alimentarse, respectivamente. Consideró ese proceso, traumático; ya que le generó total dependencia, al punto que decidió raparse el cabello, pues era doloroso hasta el lavado de cabellos que se le hacía, con guantes de jebe, con mucha premura y dolor y que en conjunto, significó que perdiera todo lo que significó su vida anterior, además del continuo riesgo de infecciones que significa la traqueostomía (Neumonías, traqueítis, obstrucción de cánula, etc.), y la gastrostomía; todo lo cual no significa que mejore su salud general.

5. Posteriormente, se indujo a un programa denominado Clínica en casa, por el cual es monitorizada por EsSalud, con médicos, psicólogos, nutricionistas, etc. Ello significa que ha perdido su intimidad y privacidad, no tiene un momento a solas, perdió su trabajo, lo que considera: “mi propia muerte”. Al retorno a su domicilio pesaba 35 kilos, rapada, con la atención de numerosas personas para su instalación y coordinaciones, todo lo cual fue traumatizante.

Considera también una afectación al libre desarrollo de su personalidad, lo que incluye el ejercicio de su sexualidad, pues entre otras cosas; el Hospital Rebagliatti, dispuso que firmara un escrito legalizado por su abogado y un médico, para consignar su responsabilidad por cualquier incidente que derive de tener relaciones sexuales.

6. De manera continua requiere el uso de un respirador artificial, pues solo puede espirar sin ese aditamento 4 o 6 horas al día como máxi-

mo, recibe tratamientos contra las infecciones y exámenes auxiliares continuos. Es dependiente para sus actividades de vida diaria, como su aseo personal, necesidades fisiológicas, su alimentación, usa una silla de ruedas. No puede trasladarse de la silla a su cama por sí sola.

7. Su diagnóstico es de miopatía primaria, conocida como polimiositis. La causa es inmunológica. En teoría, el sistema inmunológico, encargado de defender el organismo humano, rechaza y ataca sus propios músculos, lo que termina dañándolos. Por ello, se le aplican medicamentos inmunosupresores. Hasta la fecha, su organismo no ha respondido positivamente a los diversos tratamientos.

8. El pronóstico de su enfermedad es negativo. Es probable que su alimentación por sonda sea más frecuente o permanente, el uso de respirador, igualmente.

Frente a ello, es que solicita tener el control de su vida, a fin de poder ejercer el derecho a una muerte en condiciones dignas, lo que describe textualmente:

“...les diré de mi deseo de morir porque llevo 3 años investigando, preguntando, conectando, elucubrando mil formas de hallar la muerte sin que mi familia salga perjudicada. Y hasta he tratado de ahorrar (ingenuamente) para ir a Suiza. Pues bien, me cansé y decido que lo último que me queda por hacer es contarles de mi historia y mi lucha y así encontrar apoyo no solo de los que me conocen sino también de cualquiera que crea en el derecho a la libertad. Creo que no hay mayor gesto de amor que pide ayudar y apoyar a un ser amado a hallar su muerte y ponerla fin al sufrimiento. Es una decisión que tomé el día que volvía a UCI por segunda vez por una recaída con neumonía. Cuando la ambulancia llegó a mi casa para llevarme al hospital, mi hermano llegó en ese instante y escuché que dijo a todos que esperen un momento, pidió a la enfermera que salga del cuarto y nos quedamos a solas. Se acercó a mi cama y oramos.”

9. El proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe (como respiradores, sondas, etc.) y serán insuficientes para mantenerla con vida. Requerirá de mayor sofisticación

ción (máquinas más complejas), mayor dolor, incomodidad y sufrimiento físico y psicológico, y ello generará complicaciones causadas por la misma terapia. Sin embargo, dice:

“¿por qué querer morir si soy capaz de encarar la fiera tibieza del amor hasta llegar a explotar de felicidad? ¿Tan egoísta soy que no pienso en los que me aman? ¿Estoy deprimida y solo necesitaría antidepresivos para pensar “positivo”? ¿A dónde se fue la fuerza de la “guerrera”, luchadora”, “ejemplo y lección-de-vida”? Pues aquí estoy, con más fuerza que nunca para pechar y gritar al mundo que quiero mi derecho a elegir y decidir sobre mi vida y mi cuerpo. Y les tengo noticias, lo intenté, pero no lo puedo hacer sola. Por eso hago este blog y la publicación de mi vida que no solo tratará de mi enfermedad sino también de la niña deprimida y sola, de la adolescente perdida y, finalmente, de todo este camino recorrido hasta aquí”

10. Busca que se reconozca, proteja y garantice los derechos que, están sido lesionados con la prohibición penal: precisa que no se trata de buscar la muerte a como dé lugar, sino de decidir sobre el fin de la vida como resultado del ejercicio de un derecho y, por ende, de una decisión libre, informada y legitimada en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Perú.

Contestación de Demanda. Procuraduría del MINSA.

11. Se apersona el Procurador Público y contesta la demanda, solicitando se declare la Improcedencia de la demanda, exponiendo que; en este caso se trata de establecer si corresponde a la demandante el derecho a poner punto final a su vida y elija, cómo, cuándo y dónde morir. Al respecto, el Numeral 1 del artículo 2° de la Constitución Política, establece el derecho a la vida, su identidad, integridad moral, psíquica y física, su libre desarrollo y bienestar y a su vez el artículo 1° establece que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El Código Penal, en su artículo 112 regula el homicidio piadoso, sancionando con pena privativa de libertad no mayor a tres años.

12. Así, la Señorita Ana Estrada, dado su grave estado de salud, solicita la aplicación de la eutanasia, siendo que, para su caso, solicita que este acto sea llevado a cabo por un médico, lo que no está permitido, pues la norma dice “El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”. La norma hace referencia a una enfermedad incurable y ese es uno de los escollos desde el punto de vista legal que sería un impedimento para que el Juez Constitucional pueda declarar la inaplicación del citado artículo para el caso concreto. Empero, hay enfermedades que, siendo incurables, pueden ser tratadas, como el asma, la gripe, etc. La polimiositis, resulta ser una enfermedad incurable conforme lo refieren los médicos y expertos consignados en la demanda; sin embargo, pese a no ser una enfermedad que esté en fase terminal (no hay evidencia que dicha enfermedad esté en esa etapa) es una enfermedad cuyas características en el caso concreto, no encajarían de manera puntual en el art. 112°, nos habla de intolerables dolores; y según la demanda, la Señorita Ana estaría sometida a tratos crueles e inhumanos; sin embargo, en la demanda, no acredita y no aporta prueba o evidencia que dicha enfermedad le haya causado intolerables dolores, sino que como consecuencia de la enfermedad incurable que padece viene siendo sometida a tratos crueles e inhumanos; por lo que no se ajustaría a la norma, cuya inaplicación se demanda.

13. Si bien es cierto el artículo 112° del Código Penal, es una norma autoaplicativa, no es cierto que dicha disposición crea una situación jurídica inconstitucional, que impida el derecho de la Sra. Ana Estrada Ugarte a tomar el control sobre su vida y disponer de manera consciente poner fin a sus sufrimientos por la enfermedad incurable y degenerativa que padece, a ejercer su derecho a una muerte digna.

14. La demandante solicita un procedimiento a seguir, en caso se declare fundada la inaplicación del artículo 112° del C.P. establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución, de las etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación del plan por parte del Minsa y aprobación final

de EsSalud). Luego; que el Juez ordene al Ministerio de Salud: a) Respetar la decisión de la Sra. Ana Estraga; b) Validar en el plazo de 7 días hábiles del plan de procedimiento de la eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica. En ese sentido, señala que el MINSA no está facultada a realizar los procedimientos para la ejecución respecto de la inaplicación del artículo 112 del C.P. En tanto que, conforme al literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 1161, el Ministerio de Salud es el órgano rector de la política de salud a nivel nacional, y como tal está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno; siempre que esta no transgreda la normatividad vigente. Nótese, además que, la Sra. Estrada es una paciente atendida por EsSalud; entidad que finalmente de ser el caso, le correspondería la conformación de la Junta Médica, la elaboración del protocolo y otros para su ejecución.

15. El Ministerio de Salud, como órgano rector de la política de salud a nivel nacional, no puede dictar normas, ni aprobar, ni validar procedimientos de una Junta Médica para un caso particular, porque ello no forma parte de la política de salud que, es de carácter general a nivel nacional, y menos es aceptable que el Juez Constitucional ordene al Ministerio de Salud a cumplir con el procedimiento médico aprobado por una Junta Médica para un caso concreto; ello porque es contrario a la norma, pretender que el MINSA actúe en contra de las facultades que tiene como órgano rector.

16. Respecto de la pretensión de que el Ministerio de Salud cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos, se opone, en tanto ello no puede hacerse mediante una Directiva y menos de manera general. En todo caso, el Juez Constitucional estaría facultado a dictar una sentencia exhortativa para que el Poder Legislativo legisle sobre la eutanasia.

17. Por el artículo 4° de la Ley 26.842, Ley General de Salud, el Estado está obligado a preservar la vida y la salud de los ciudadanos, bajo

ciertos parámetros como es, que el tratamiento médico o quirúrgico tiene que ser informado y la negativa del paciente al tratamiento o intervención exime de responsabilidad al médico tratante y a la entidad. En ese sentido discrepan de los fundamentos de la demanda, en el extremo negado que la interpretación del demandante sea cierta, ello no es suficiente, pues para ejercer plenamente sus derechos a la dignidad, a la vida digna, a decidir sobre cuándo, cómo y dónde acabar con su vida, vía la eutanasia, se requiere una norma expresa que desarrolle el derecho a la eutanasia.

18. Considera que no podría el Ministerio de Salud emitir normas o directivas generales a partir de un caso particular, porque el Minsa tiene como función central ser ente rector en materia de salud, es decir está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno. El Minsa solo podría emitir los, protocolos, directivas y el tratamiento a seguir, siempre que la eutanasia sea legislada en nuestro país.

El Juez constitucional solo podría, emitir el protocolo o directiva para el caso concreto, la misma que no podría ser de carácter general o que tenga efectos extensivos para otros casos similares.

19. Conforme al Código de Deontología Forense del Colegio Médico del Perú y del Código Internacional de Ética Médica elaborado por la Asociación Médica Mundial, sostienen la plena vigencia del Juramento Hipocrático por el que debe cuidarse la vida de los pacientes y enfermos a toda costa, y debe respetarse el proceso natural de la muerte, sin acudir a métodos de acortamiento de la vida (eutanasia).

20. Existe debate sobre el concepto o significado de dignidad humana y calidad de vida.

Unos identifican lo indigno, como la carencia o falta de capacidad para la autodeterminación frente a circunstancias difíciles como las que atraviesa la Sra. Estrada. Otro sector de la doctrina sostiene que la dignidad humana no puede ser reducida a la calidad de vida, en tanto esta se mide por las condiciones físicas y psíquicas que permiten el desarrollo armónico

de la personalidad, pues podría haber condiciones físicas y psíquicas contrarias a la dignidad humana, pero no la convierten necesariamente en una vida indigna; por lo que este sector de la doctrina concluye que no sería ética la eliminación deliberada de la vida porque la dignidad no dependería de las condiciones físicas o psíquicas precarias.

Excepción y Contestación de Demanda del Ministerio de Justicia.

21. Deduce excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva del Ministerio de justicia y derechos humanos. Fundamenta este medio de defensa expresando que las pretensiones de la demanda, tienen por finalidad la inaplicación del artículo 112 del Código Penal y actos de ejecución relacionados, pero en ninguno de estos, se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que el MINJUS haya afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial, por lo que este emplazamiento es un grave error.

22. Señala asimismo que, de acuerdo al criterio de la demandante, se le emplaza porque este sector refrendó la norma o que sería el defensor de la constitucionalidad de las normas. Así, el MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas, como ha ocurrido en innumerables casos. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto, donde haya una norma legal relevante para resolver el caso que viole los derechos fundamentales o principio constitucionales. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la Acción Popular.

Sobre el fondo.

23. Conforme señala la propia demandante, no existe una regulación nacional sobre la Eutanasia, por lo que recurre a esta vía. Así, pretende que la sentencia sea por sí misma un protocolo médico y regulando el procedimiento administrativo, de modo tal que, el Juez Constitucional,

se convierta en órgano legislador, lo que contraviene a nuestro sistema democrático.

24. Fundamenta que el amparo no es un procedimiento para constituir derechos. El Juez no legisla, ello afecta el principio de corrección funcional como límite de la interpretación de los derechos fundamentales que, supone que el Juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales. Consideran así, que, si no existe un marco legal, no es posible que el Juez resuelva en el sentido que se solicita. El marco legal debe dictarlo el legislativo.

25. Expone que, en el caso de Colombia, que cita la demanda, existió en efecto, una decisión del Tribunal Constitucional, pero que esta resolvió, exhortar al legislativo para que legisle este derecho y solo con una norma dictada por el legislativo, se hizo posible el ejercicio del derecho como tal.

26. Expone asimismo que, la Carta Americana de Derechos Humanos no regula ni la Corte se ha pronunciado en este extremo, por lo que no puede haber afectación de este derecho en el plano convencional. Añade que el Tribunal Europeo se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el tema de la muerte digna, sin embargo, estudiada su jurisprudencia, se observa que tiene a dejar que sean los Estados nacionales, los que regulen a través de su órgano legislativo, lo que en efecto han hecho varios Estados, mientras que otros no, lo que en ningún caso significa la afectación de los derechos convencionales.

Bajo esos fundamentos, se considera que, la falta de regulación, por sí misma no viola derecho fundamental alguno, ni de la Constitución ni de la Carta Americana de Derechos Humanos.

Contestación de Demanda. Procurador Público de EsSalud.

27. Se apersona el Procurador y expone que, de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 27.056, la finalidad de EsSalud consiste en brindar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de pre-

vención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos, que en el artículo 39° de la Ley N° 29.158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo se establece que EsSalud constituye una entidad administradora de fondos intangibles de la seguridad social, distinguiéndola así de las entidades que realizan actividad empresarial, esto es, de las empresas del Estado. Sobre el principio de legalidad y su cumplimiento por parte de las entidades públicas. El Tribunal Constitucional ha señalado se tiene tres exigencias; existencia de la ley, que esta sea previa y describa un hecho determinado, Asimismo, según la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

28. El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo que, exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta. EsSalud, como entidad pública del Gobierno Nacional, se encuentra inexorablemente sujeta al Principio de Legalidad. Todo lo que haga o decida hacer debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera. El funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta. Es un mero “aplicador literal” de la norma. Por otro lado, EsSalud no solo se encuentra sujeto a las normas que lo regulan sino también a las políticas nacionales de salud que el Estado emite a través de su ente rector el Ministerio de Salud, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de la Constitución Política del Perú, el artículo 7° de la Constitución Política del Perú, que establece que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, medio familiar y comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

29. EsSalud es un organismo público administrador de fondos intangibles de la seguridad social con personería jurídica de derecho público interno y, como tal, sujeto al Principio de Legalidad, solo puede emitir directivas y protocolos médicos dentro los alcances de las disposiciones normativas y reglamentos previamente emitidos por el Poder Legislativo. En esa misma línea, la sola despenalización de la responsabilidad penal de la persona quien por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, no sostiene ni justifica la emisión de directivas y/o protocolos por parte de EsSalud, ya que necesita de una norma que expresamente desarrolle la figura de la eutanasia como parte de nuestro ordenamiento jurídico. La Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quien representa a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Congreso de la República. Lo que ocurre es que en el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. EsSalud, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa; y no cuenta con norma que la habilite brindar asistencia para finalizar la vida de una persona, cuando su norma de creación dispone todo lo contrario.

“La elaboración de un procedimiento médico se encuentra sujeto a la norma técnica de salud para la elaboración y uso de guías de práctica clínica del Ministerio de Salud.

30. Las Guías de Práctica Clínica que aprueba el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial, son documentos normativos correspondiente al tipo de las Guías Técnicas, y que se aboca al diagnóstico o tratamiento de un problema clínico considerado por la Autoridad Nacional de Salud como un problema de salud pública o una prioridad sanitaria nacional o regional, y que contiene recomendaciones basadas en la mejor evidencia científica aplicable, desarrolladas sistemáticamente de modo que orienten y faciliten el proceso de toma de decisiones al personal profesional para una apro-

piada y oportuna atención de salud. Se basa en la revisión científica, tecnológica y la experiencia sistematizada y documentada, sobre el tema que aborda. La norma técnica en mención es de aplicación, entre otros prestadores de servicios de salud, a EsSalud, por lo que, encontrándose dentro de esa disposición legal, emite su directiva con la finalidad de establecer normas, criterios y procedimientos, dentro del marco de acción establecido por el ente rector. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSa), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26.842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.

31. No existe una guía ni norma técnica que recoja la figura de la eutanasia. No existen estudios oficiales, en los que se haya identificado los criterios clínicos que definan la procedencia del procedimiento, los pronósticos de los tipos de enfermedades que pueden ser sujeto de este tipo prácticas, las inclusiones y las exclusiones médicas, los tipos de medicamentos a utilizar que garanticen que el procedimiento de la eutanasia sea corto y certero, el procedimiento para la expresión indubitable de la aceptación voluntaria del profesional médico que aplicará el fármaco con el que le quitará la vida a otra persona, etc. En ese sentido, al no existir una norma que expresamente reconozca a la eutanasia, no se han desarrollado procedimientos médicos en los que se establezca el protocolo de acción del personal médico; teniendo en cuenta que un protocolo médico no es una seguidilla de acciones a realizar sino una norma técnica que es resultado del trabajo de un grupo multidisciplinario que se encarga de examinar de manera sistemática cuatro grandes temas íntimamente relacionados a la eutanasia: la correcta definición de intolerable dolor (en esta valoración se reúne tanto la percepción del médico tratante como la expresión del solicitante), la medición del carácter irremediable e inevitablemente incurable del padecimiento, la verificación de la competencia mental y la preservación del juicio, así como los procedimientos más correctos y se-

guros que garanticen la muerte, en tiempo corto y sin sufrimiento.

32. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSa), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26.842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.

Se pretende que el Juez Constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y con ello vulnerando el principio de separación de poderes.

33. Considera asimismo que, se afectan los principios de Separación de poderes y Corrección funcional. El Juez al realizar su labor de interpretación, no debe desvirtuar las funciones y competencias que la Constitución Política del Estado asigna de manera distinta a cada órgano de la Administración. El órgano jurisdiccional puede emitir Acuerdos Plenarios o sentencias con condición de precedentes vinculantes, ello obedece a una necesidad de interpretación legislativa de normas ya existentes, labor distinta de la labor principal del Poder Legislativo; expedir leyes con mandato y fuerza constitucional y legal. La regulación legal de la eutanasia en Perú, es competencia del legislador. Tampoco es amparable el pedido de la emisión de una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte; porque es incongruente con la naturaleza jurídica del proceso de amparo.

Amicus Curiae. Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos.

Se ha apersonado al proceso la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, solicitando incorporarse en calidad de Amicus Curiae, lo que esta judicatura accede, considerando que deben escucharse el mayor número de voces. La entidad agrupa a profesionales de la medicina,

(Médicos, Enfermera(o)s, Psicólogo(a)s, y Trabajadores Sociales), que se encargan de brindar calidad de vida y evitar el sufrimiento en pacientes con enfermedades que limitan o acortan su vida, especialmente en fase de terminales. Se señala que, existen situaciones en las que en el intento de salvar la vida y salud de la persona se puede caer en situaciones de encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, por lo que es preciso tener presente la proporcionalidad entre la eficacia del tratamiento y el sufrimiento del paciente, así como del consentimiento informado de este. El consentimiento, debe ser en principio consciente y expreso, incluso mediante expresión de voluntad anticipada, empero, pueden darse situaciones en las que el paciente no pudo o no está en situación de otorgar su expresión de voluntad, como las situaciones de emergencia, en las que se toma la voluntad de los familiares o en todo caso, se considera la expresión de la voluntad tácita, considerando que toda persona, tiene la voluntad de conservar su vida, siendo el médico que aplica el tratamiento, con criterios de proporcionalidad; existiendo por ello el concepto de Adecuación del esfuerzo terapéutico. Uno de los instrumentos, es la sedación paliativa, es la administración de fármacos a un paciente cuya muerte esta próxima reduciendo la conciencia para aliviar el sufrimiento, acción que requiere voluntad expresa, en sus diversas formas.

34. Sobre la autonomía señalan que, en efecto, la muerte digna es un derecho, siendo que la dignidad alcanza hasta más allá de la muerte. El Código Civil proscribió incluso la disposición del cadáver, pero les preocupa que se confunda ello, con la eutanasia, como único mecanismo de muerte digna. No es lo mismo pedirlo sano que pedirlo enfermo, pues la enfermedad condiciona la variabilidad de la manifestación de voluntad, siendo que en 12 horas una persona puede variar en un 30% y en un mes un 70%, por diversos factores.

35. La voluntad del paciente está regulada en el Reglamento de Ley 29.414, artículo 16 con el reconocimiento del derecho de negarse a recibir o continuar un tratamiento siempre que conozca el plan terapéutico contra la enfermedad, lo que no implica el abandono de los cuidados, más bien, se disponen los programas de acom-

pañamiento y cuidados paliativos según sea el caso.

36. Los Comités de Ética Clínica, permiten determinar el tratamiento médico, por ejemplo, cuando no hay suficientes máquinas para mayor demanda de enfermos, o cuando un determinado tratamiento generará mala calidad de vida del paciente, en cuyo caso, este o en su defecto, su familia tienen derecho a rechazarlo, que asimismo ninguna persona puede ser excluida, por ejemplo, por razón de su discapacidad. Por ello, consideran que lo resuelto en esta causa podría generar conflictos éticos entre el personal médico. Como la objeción de conciencia, las medidas para garantizar voluntades sin vicios. En nuestro país existe únicamente un Comité de Ética Clínica que funciona en el Hospital del Niño, dedicada a la resolución y atención de estos conflictos en pediatría, por lo que consideran que es preciso analizar la pretensión desde la perspectiva de los médicos quienes serían los ejecutantes.

37. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú en su artículo 72 indica:

“El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse por tal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona”.

Con lo cual de la demanda va más allá de un reconocimiento de un derecho, enfrentando lo ético y lo jurídico.

38. Los Cuidados Paliativos se plantean como una forma de atención integral, holística de personas con enfermedades severas que limitan o acortan sus vidas, que busca tener impacto sobre la calidad de vida y el alivio del sufrimiento, y que reconocen a la muerte como un proceso natural. Además son: “(...) fundamentales para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas, aumentar su alivio y reforzar su dignidad humana(...)”.

Los CP comprenden los siguientes aspectos:

- Políticas apropiadas

- Disponibilidad y acceso a medicamentos esenciales para dolor y CP.

- Educación para profesionales de salud y público en general.

- Implementación de CP en todos los niveles de atención.

39. El 2018, la Ley 30.846, Ley que creó el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No oncológicas, cuya implementación permitirá brindar los cuidados paliativos a las personas que experimentan dolor y sufren como consecuencia de enfermedades crónicas en fase terminal, mediante la atención de sus necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales, con apoyo a su familia.

La OMS declaró el 2014 los Cuidados Paliativos como un derecho humano, lo que hace vinculante el desarrollo de esta forma de atención al Estado Peruano, de esta manera se estaría reconociendo la necesidad de un sector de la población que actualmente tiene dolor, y sufrimiento intenso, a que se le brinden los cuidados médicos adecuados y proporcionales a fin de tener una muerte digna. Sin embargo, el desarrollo de los CP en el país ha sido limitado, las instituciones que brindan CP están en su mayoría concentradas en la capital y corresponden a una IPRESS del tercer nivel de atención.

Inicialmente era brindado a pacientes oncológicos, pero después se reconoce la necesidad de extender a otras enfermedades.

40. Los CP, al tratar asuntos del final de la vida, donde se toman decisiones difíciles, toman parte importante en la discusión sobre morir con dignidad. Su normativa tiene un referente ético normativo que lo sustenta respetando los Principios bioéticos que los rigen, y los Derechos de los pacientes, curadores o tutores y las familias respectivamente.

Los beneficios de los CP, entre otros son; la menor necesidad de ingresos a Unidades de Cuidados Intensivos de pacientes en la etapa final de la enfermedad, permitiendo la compañía familiar y; el menor uso de tratamientos com-

plejos y de alto costo, que lo que hacen es prolongar agonías y sufrimiento.

41. La muerte digna no es sinónimo de eutanasia, sino que es mucho más congruente con la atención paliativa, lo que podría ayudar a desistir de una probable decisión por la eutanasia; esto con atención a que la voluntad por adelantar la muerte puede estar condicionada. La voluntad de Eutanasia en un paciente con enfermedad en fase terminal es variable constantemente por factores psicológicos, ambientales, familiares, lo cual, con su ejecución apresurada, causa un daño irreparable.

Amicus Curiae PUCP

42. La Clínica Jurídica en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido presentada también por la propia demandante como Amicus Curiae, con un informe en favor de la beneficiaria. Para ello expone que la libertad del individuo frente a los abusos del poder es una preocupación vigente, en el contexto del Estado Social y Democrático el Derecho Penal y forma parte central de esta actividad estatal, estando legitimado y limitado por el derecho del individuo. El Estado para llevar a cabo tales actividades de persecución penal tiene como límite al que debe atenerse el legislador penal se contiene en las disposiciones constitucionales.

43. La dignidad humana, conforme a la teoría kantiana prohíbe al Estado a instrumentalizar a las personas, y le obliga a tratarlas como fines, más no medios. La autodeterminación de la persona humana es así el límite principal. Esta debe ser entendida como la libertad y capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sí mismas, lo que consecuentemente implica aceptar o rechazar determinadas situaciones o intervenciones que pueden incidir en sus derechos y libertades. Así se establece el consentimiento informado en el ámbito médico que consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre (sin amenazas, coerción, inducción o alicientes impropios), manifestada con posterioridad al acceso y obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible. El consentimiento genera la exclusión de la responsabilidad penal, no especifica si ello se debe a una exclusión de tipicidad o an-

tijuridicidad. Estos conceptos son propios de la teoría del delito. Por un lado, una conducta es típica cuando en ella se presentan todos los elementos del tipo penal, (objetivos y subjetivos). Por otro lado, la antijuridicidad consiste en la contradicción que existe entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, en específico, el mandato normativo. En esa línea, los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero no para el consentimiento, pues este último, como consecuencia de estos vicios, devendría en ineficaz.

Para la validez del consentimiento informado es preciso por ello el carácter previo, que sea libre, sin coacción y sea de carácter pleno e informado.

44. Sobre la disponibilidad del bien jurídico: vida, sostiene que, existe una tesis que sostiene que el Estado debe proteger la vida, aún en contra de la voluntad de su titular, de acuerdo con esta tesis, prevalece la voluntad del Estado, que el derecho a la vida no implicaría un derecho a morir.

45. Sostiene que uno de los hitos de la tesis de la autodeterminación y disposición del bien jurídico: vida, se da en la Sentencia española 120/1990, de fecha 27 de junio de 1990, que se pronuncia sobre el caso de la huelga de hambre en el Centro Penitenciario Soria de Madrid. Esta huelga puso en tela de juicio la intervención paternalista del Estado español para proteger a sus ciudadanos, al alimentar forzosamente a los participantes de la huelga, desconociendo la libertad de decidir que estos tienen sobre su propia vida y muerte.

46. El presunto bien jurídico protegido en el artículo 112 del código penal, debe ser analizando a partir de lo que el Tribunal Constitucional, considera como que, el bien jurídico constituye un mecanismo de limitación, así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal. Respecto a la limitación, el bien jurídico exige que la ley penal solo describa conductas merecedoras de pena, sea porque lesionan un bien jurídico o lo ponen en peligro.

47. Para explicar el delito de homicidio piadoso expone que debe hacerse un primer acercamiento: vida, por pertenecer, sistemáticamente

el delito de homicidio piadoso, al capítulo de delitos contra la vida. Un segundo acercamiento: la concepción sacrosanta de vida, lo que explica la forma de protección de la legislación penal actual. De ello concluyen que, es una intromisión ilegítima a la esfera de autonomía de la víctima consideran que la vida desprovista de autonomía no puede ser objeto de protección del derecho penal. Por el contrario, la autonomía es un presupuesto para la vida concebida como aquella que implica la dignidad de principio a fin. En ese sentido, resulta errónea la aproximación del Código Penal cuando pretende proteger a la vida como una entidad biológica, sin tomar en consideración la dignidad y la autonomía de la persona. Por ello señalan que el artículo 112 del c.p. es incompatible con un Estado Constitucional de derecho. La vida es un bien jurídico inherentemente ligado a la dignidad y la voluntad. No es solo un sustrato biológico. Desde una dimensión meramente biológica, al momento de prohibir y sancionar el delito de homicidio piadoso en el artículo 112° del Código Penal contraviene el contenido que debe tener todo bien jurídico para justificar la intervención del Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho, basado en la autonomía y la libertad de la persona.

48. La protección que debe tener el bien jurídico penal “vida” trasciende del sentido meramente biológico de esta y abarca un fundamento ius-filosófico inescindible de la dignidad y la autonomía de la voluntad. La aplicación del artículo 112° del Código Penal, por tanto, antes que proteger el derecho a la vida (digna), la desprotege, si la entendemos bajo estos términos. De lo anterior se sigue que es perfectamente compatible con los fundamentos del Derecho Penal democrático que ampara la Constitución Política del Perú, la inaplicación del delito de homicidio por piedad en el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte, a efectos de proteger los derechos fundamentales que dicha ley estaría lesionando y amenazando.

Apoyos y salvaguardias y declaración de penúltima voluntad.

49. Con fecha 18 de diciembre de 2020, doña Ana Estrada Ugarte ha otorgado Escritura Pública designando apoyos y salvaguardias, adicionalmente en el mismo documento ha expresado

su voluntad de rechazar tratamientos que prolonguen su vida de manera que ella considera injustificada, así como tratamientos, operaciones invasivas que no garanticen un tratamiento efectivo y finalmente, en caso de que se apruebe su pretensión de otorgársele el derecho a la muerte digna o se legalice está otorga facultades a sus apoyos a efecto de que realicen los trámites necesarios para efectivizar y dar cumplimiento a su voluntad. El documento ha sido adjuntado a un escrito presentado ante esta judicatura.

Con lo que la causa está en situación de sentenciarse.

II. Análisis.

Excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada.

50. El Procurador de del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deduce excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada, expresando que, de las pretensiones de la demandada, no se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que tampoco ha afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial. El MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la de Acción Popular.

51. En relación a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la emplazada; se tiene que, esta judicatura admitió la demanda, aceptando el emplazamiento de este Ministerio, en tanto se solicita, la inaplicación de normas del Código Penal, argumentando afectaciones a los derechos constitucionales invocados.

Debe tenerse presente que, el artículo 4° de la Ley 29.809, Ley de Organización y funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establece, en su artículo 4° el Ámbito de competencia, precisando en el inciso:

F) Defensa, coherencia y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Por lo que, debe entenderse que es competencia de este Ministerio, pronunciarse sobre el cuestionamiento a las normas de todo el ordenamiento jurídico y, muy en especial de normas relacionadas a su sector, como es el Código Penal, razón por la que debe desestimarse la excepción deducida, puesto que la Ley, de manera expresa, responsabiliza a este sector, la defensa del ordenamiento jurídico.

Otras cuestiones de procedencia.

Principios de Separación de poderes y Corrección funcional.

52. Las demandadas, sin proponer una excepción formal, han señalado, de manera genérica que, las pretensiones propuestas por la parte demandante implicarían una afectación a los principios de Separación de Poderes y Corrección Funcional, en tanto, no solo se propone la inaplicación para el caso concreto, de un artículo del Código Penal, sino la generación de una norma que establezca el derecho a la denominada muerte digna que, es la pretensión principal de la demandante y en tanto, no solo no está regulado ni permitido, en la legislación peruana, siendo que, por el contrario, está penado en el código penal y que, asimismo, son parte de sus pretensiones; la generación de protocolos para que se hagan efectivas sus propias pretensiones, incluyendo para futuros casos similares, lo que excede a la facultad de interpretación del Juez Constitucional.

53. Analizadas las pretensiones, sin perjuicio del orden propuesto por la demandante, para efectos del análisis de su procedibilidad, vamos a agruparlas de la siguiente forma:

A. Declaración judicial de la existencia del derecho a la muerte digna.

B. Inaplicación de norma penal; Art. 112 del Código Penal a fin de que pueda ser asistida, en tanto no le es posible hacerlo por sí misma.

C. Establecimiento de un mecanismo y criterios de aplicabilidad del derecho a la muerte digna.

D. Establecimiento de protocolos para viabilizar la ejecución del derecho invocado, por parte de dos instituciones del Estado.

E. Establecimiento de protocolos para casos similares.

De las pretensiones enunciadas, se tiene que; existe cuestionamiento respecto del enunciado A, en tanto, no existe formal y expresamente este enunciado normativo, siendo que la demandante, sostiene que es posible determinarlo vía interpretación de los derechos fundamentales invocados, de modo que, antes que prohibirlo y sancionarlo, el Estado está en la obligación de cumplirlo, viabilizarlo y establecerlo formalmente, sobre lo que las demandadas sostienen que, el Juez Constitucional no debería hacerlo, pues ello es una función del legislador.

Respecto del punto B, inaplicación del artículo 112 del Código Penal, el cuestionamiento procesal señala que es, igualmente, la derogatoria de normas es función legislativa.

En cuanto a los puntos C y D, establecimiento de mecanismos, criterios de aplicabilidad y protocolos de ejecución, son también función ajena a la función jurisdiccional, pues tanto la función legislativa, de dictado de políticas generales, como reglamentarias, no corresponden a la labor jurisdiccional

En cuanto al punto E, del mismo modo, consideran que además de ser ajena a la labor jurisdiccional, se pretende una norma de alcance general y no de aplicación al caso concreto.

54. Previo a un pronunciamiento sobre la procedencia de cada uno de estos puntos es menester hacer un análisis interpretativo y doctrinal de la materia a fin de determinar si, en efecto, se afectarían estos principios constitucionales de Separación de poderes y Corrección funcional.

Nuevos derechos y derechos innominados.

55. El Tribunal Constitucional, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la existencia de derechos innominados, derechos nuevos o derechos derivados de aquellos expresamente establecidos en la tabla del articulado de la Constitución. Pondremos uno, solo

por ser ilustrativo y no reciente: (EXP. N° 2488-2002-HC/TC).

“13. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

14. El Tribunal Constitucional considera que, si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, este también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

56. En nuestro caso, la demandante invoca la existencia de un derecho fundamental a la muerte digna, sobre cuya fundabilidad o no, nos pronunciaremos más adelante, pero que en esta parte, solo señalaremos que, los fundamentos arriba citados, son parte de una Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Habeas Corpus; vale decir que, se hace en un proceso de garantías constitucionales que se inicia en un Juzgado de primera instancia o especializado, lo que implica que, desde este nivel, era perfectamente posible su construcción argumental y dogmática para pronunciarse sobre la existencia de un derecho, sea este un derecho fundamental o de menor nivel; nótese que, según la propia sentencia, la pretensión fue de-

clarada fundada en la primera instancia. Así, aun cuando no existe en nuestra legislación positiva un enunciado normativo que declare el derecho a la muerte digna, procesalmente es posible hacerse desde la interpretación de los derechos fundamentales. Será materia de un análisis más exhaustivo, en adelante, su formulación o negación, siendo que, en esta parte, queremos solo fundamentar la procedencia, de manera general.

57. La demandante ha invocado, como fundamentos que; la prohibición penal, no le permitiría ejercer, los derechos a una muerte en condiciones dignas, su derecho a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y una amenaza cierta al derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos. Sostiene para ello que, viene padeciendo de una enfermedad degenerativa, (polimiositis), incurable e irreversible, que determinará su muerte en tiempo prolongado, en cuyo transcurso se verá sometida a intervenciones y prácticas que le significarán gran sufrimiento, sin que exista la posibilidad de acabar con dicho sufrimiento por sí misma, como forma de ejercer su voluntad, libertad y demás derechos invocados. Así; no existiendo en nuestra legislación una declaración o reconocimiento expreso de ese derecho, sostiene que debe considerarse el principio de *numerus apertus* de nuestro sistema de derechos fundamentales, establecido en el artículo 3° de la constitución Política vigente. En tal sentido, siendo una invocación de un derecho no expreso, es preciso analizar y determinar si en efecto, es atendible la argumentación de la demandante.

El control difuso.

58. El Tribunal Constitucional ha establecido normas para el control difuso, así por ejemplo en el EXP. N° 1680-2005-PA/TC, señala que:

“...el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad de la ley, con efectos particulares, cuando la ley aplicable para resolver una controversia. Se trata de un poder deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional. Es una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad

y del Estado, un derecho directamente aplicable. Siguiendo al Chief Justice John Marshall al redactar la opinión de la Corte Suprema en el *Leading Case Marbury v. Madison*, resuelto en 1803, se le cita:

El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales.

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

59. De esta manera, en nuestro caso, no se trata de una derogación de la norma, que en efecto es facultad del legislativo, tampoco es una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, puesto que la demandante invoca la afectación personal de sus derechos fundamentales, los mismos que serán analizados más adelante, pero que evidencian una relación relevante, en tanto su pretensión es que, en su momento, se le acuda mediante asistencia profesional, a que se dé cumplimiento de su voluntad, en cuyo caso, quien lo haga, sería pasible de ser sancionado, pues dicha acción encuadra en el tipo penal establecido en el artículo 112 del Código Penal, materia de la pretensión.

60. Solo puede hacerse dentro de un caso, puesto a la dirimencia del Juez, siempre que sea relevante para el caso, (Juicio de relevancia). No puede hacerse si no hay suficiente relación, ni por curiosidad académica del juez. En consecuencia, la declaración importa para el caso, tanto la pretensión principal como las ac-

cesorias, debiendo quedar acreditada la afectación de la ley a su derecho fundamental. En este punto, queda claro que, siendo un proceso de amparo, los efectos deben ser inter-partes, esto es que, podría afectar la última pretensión de la demandante, sobre lo que volveremos más adelante.

En efecto, debe hacerse un juicio de relevancia y de proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y de libre determinación.

61. No puede hacerse, respecto de normas cuya validez, el Tribunal Constitucional haya sido confirmada en control abstracto, o sobre los que se establezca una contravención con una norma convencional; sin perjuicio de que, en un caso concreto y distinto a los evaluados por el Tribunal, pudiera demostrarse la afectación, (Balancing). Al respecto, de una revisión de las resoluciones del Supremo intérprete, (Sobre Inconstitucionalidad) y de la Corte Suprema, (Sobre Acción Popular), en caso de alguna norma reglamentaria relacionada, no se ha encontrado pronunciamiento alguno, como tampoco ha sido invocado o señalado por la defensa.

Queda claro así que, la norma impugnada, no ha sido atacada de inconstitucionalidad, es una norma vigente y autoaplicativa, en tanto no se requiere reglamentación ni remisión alguna para su aplicación en un caso concreto.

Finalmente, debe señalarse que, más adelante deberá hacerse un análisis interpretativo de las posibles hipótesis fácticas de la aplicación de la norma, a fin de establecer en qué casos resultaría o no inaplicable o inconstitucional la norma legal y en su caso, determinar su inaplicación en algún extremo interpretativo.

62. Siendo el tema de fondo, la determinación de estos derechos invocados, por razones de orden procesal, vamos a dejar aún sin contestar esta pregunta o como hipotética la cuestión de que le asisten a la demandante los derechos invocados.

En efecto, la parte demandada, (los tres procuradores), han sostenido que, un derecho que no está consagrado en la Constitución, no es posible de ser declarada y menos ejercida en la vía

del proceso de amparo, tampoco en otras vías de la jurisdicción constitucional, debiendo dejarse, (invocarse o esperarse), esa facultad para el legislador. Uno de los Procuradores, ha sugerido más bien a la demandante, (siendo que la Defensoría tiene legitimidad para presentar proyectos de leyes), proponerlos ante el Congreso de la República, empero, con lo señalado en estas líneas, podemos sostener que procesalmente, es válido sostener que, el derecho, aun cuando no tenga un enunciado normativo en legislación positiva, reiteramos, es posible derivarlo de los derechos fundamentales, siempre que se cumplan con los requisitos y no se incurra en el exceso que el propio Tribunal Constitucional señala en tales casos. Es preciso además abundar en que existen otros fundamentos que nos obligan a un pronunciamiento sobre la materia puesta a este despacho, como el principio de inexcusabilidad, que implica que, cuando se observa, de manera evidente, la necesidad de resolver un conflicto o declarar el derecho de una persona, no es posible que el Juez deje de atender, bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento.

El principio de inexcusabilidad.

63. En la Constitución peruana de 1979, se elevó al nivel constitucional un principio ya existente, aquel que determina el deber de fallar del juez aún ante la inexistencia de ley. La Constitución de 1993, igualmente dice: Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

64. Este principio, históricamente nace del derecho civil, entendiéndose la necesidad de resolver los conflictos entre privados, aun cuando no existiese una ley que resolviese el caso en concreto y considerando la variedad de las situaciones y el desarrollo de la sociedad que siempre es capaz de presentar nuevas situaciones. El principio tiene larga vida en el Perú. Ya estaba el Código Civil de 1936 (1) y, más antes en el de 1852, como heredero de la influencia del Código Napoleónico. Ciertamente es también que, desde sus orígenes, se generó la discusión sobre el papel del Juez, que necesariamente crea derecho, en este punto. En esta causa, se propo-

ne igualmente que, sería un exceso que el Juez Constitucional resuelva sin norma expresa del legislador, aun cuando hay normas generales y principios aplicables, en la Constitución y en otras leyes. Es la otra cara del derecho a la tutela jurisdiccional. Claro está que, aun siendo un derecho constitucional, no es aplicable a todo el derecho. Así, en el derecho penal, existe más bien, el principio de legalidad y taxatividad. Esto es que, en el derecho penal, no es posible condenar cuando hay un vacío o laguna en la ley. El acto no establecido positivamente como delito no es sancionable, aunque socialmente, política o moralmente sea reprochado. Se entiende en este punto, el cuestionamiento de los procuradores, posiblemente desde la perspectiva del derecho administrativo, especialmente desde el derecho administrativo sancionador, donde también, el principio de legalidad, resulta imperativo. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional sustrajo una pasajera atribución de hacer control difuso a los órganos administrativos; pero al mismo tiempo, debe entenderse que la norma administrativa no es tal, si no está conforme a la Constitución

65. En el derecho constitucional y más exactamente en la jurisdicción constitucional, en caso se constate el derecho, por ejemplo, en los principios constitucionales, existe la obligación de fallar, de parte del Juez. Este elemento debe unirse a otros dos; la aplicabilidad de las normas constitucionales a los casos concretos, que se hace efectiva a partir del constitucionalismo de post guerra, corriente que considera que, las normas y principios constitucionales, no solo tienen carácter programático, sino de aplicación inmediata actual y real y, el control constitucional, sobre todos los actos del Estado, de modo tal que, no hay zonas exentas del control de constitucionalidad. Nos explicamos. El Tribunal Constitucional, en numerosas situaciones ha resuelto inaplicando una norma y ante la ausencia de norma expresa, conforme hemos glosado, al inicio de esta resolución, la genera, a partir de los principios constitucionales, a fin de establecer. A) La constitucionalidad de todos los actos de los órganos del Estado y b), resolver conforme al derecho y la Constitución estimando la demanda. Así, se tiene por ejemplo que; de acuerdo a la propia Constitución, las decisiones del Jurando Nacional de Elecciones no pueden ser materia de cuestionamiento en sede judi-

cial, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha resuelto reiteradamente que, no puede escapar al control de constitucionalidad. Así, establece el precedente Exp. N. 0 5854-2005-PA/TC. Caso Lizana Puelles:

“5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente.”

(...)

Parte resolutive: (Precedente).

“2. De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, supra, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.”

Reiterando así, se tiene que, desde el derecho civil, se ha entendido tradicionalmente, como una garantía de acceso a la justicia al ciudadano, por parte del Juez. Aun en pleno auge de las corrientes positivistas, se tenía esta institución como una prohibición para el juez, de no dejar de solucionar un conflicto de intereses o de declarar un derecho, a falta de norma expre-

sa o como excepción para la integración con el principio de equidad. Recuérdesse que el Código Civil ha tenido tradicionalmente, normas de aplicación de ciudadanía o derechos civiles que se han constitucionalizado con el tiempo.

66. La jurisdicción no puede dejar de ejercer su función de declarar el derecho entre las partes mediante la emisión de una resolución, considerándose la jurisdicción como una potestad, tanto del constituyente como del legislador. En su evolución al derecho constitucional, se convierte auténticamente en una cláusula de autorización a crear derecho para el caso concreto (2).

67. Tenemos presente que, en la base del Estado Legislativo, se ubica la supremacía de la ley, al ser el producto de la voluntad del soberano. Sin embargo, paradójicamente, si el sistema legal determinase que en caso de laguna, u oscuridad, el Juez tuviera que elevar consulta al legislador, (Pedir norma), nos encontraríamos en una situación en la que el legislador tuviera que emitir la norma en relación al caso en concreto, aunque su eficacia fuese con efectos generales, que además, la norma se tendría que aplicar con efecto retroactivo, cuestiones que, contrariamente al fin propuesto, implicaría la invasión del legislativo en las funciones de la jurisdicción. Surge así, el principio de completitud del sistema constitucional, según el cual, el juez constitucional debe resolver con base a los principios generales, por lo que se considera, como consecuencia que: “No hay vacíos legales, porque hay jueces”.

68. Hans Kelsen, formalmente niega la existencia de las lagunas o de su teoría. Cuestiona la idea de que, partiendo del principio de que; aquello que no está prohibido, está permitido dice más bien que la completitud de la ley, debe entenderse, considerando que, los principios del derecho, son también derecho.

“Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que, si bien en el caso de que no sea posible la

aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida. De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una “laguna” (3).

69. Sea cual fuese la teoría que podamos asumir, en nuestro sistema constitucional, el alcance del principio de inexcusabilidad, siendo una norma de excepción, ha determinado al juez, el deber de cumplir con la función jurisdiccional, de pronunciarse, de fundamentar sus resoluciones y con ello de crear la norma para el caso concreto.

70. El paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional, supone básicamente, la centralidad de la norma constitucional y con ello la labor interpretativa del Juez. Es el paso de identificar la ley con el derecho y el ejercicio de la subsunción, para pasar a la declaración del derecho objetivo, a la luz de los principios procesales y sustanciales contenidos en la Constitución, especialmente en los derechos fundamentales.

Habiendo señalado que, el deber de no dejar de administrar justicia es un principio, de acuerdo al texto de nuestra Constitución, (1993), debe considerarse que no se trata solo de un texto legal con sentido de lenguaje cotidiano. Consideremos así que, jurídica y filosóficamente; principio es un concepto amplio, pero que, para nuestros fines, lo consideraremos como la base de ideales, fundamentos y reglas generalmente aceptadas y aplicables y, punto de partida para el desarrollo de la teoría. Entonces, el deber de no dejar de administrar justicia o principio de inexcusabilidad del Juez, lo reconoceremos como fundamento para elevar su importancia. En palabras de Robert Alexy, como “mandatos de optimización”, del sistema judicial, pues si un caso o una persona, necesita de una declaración de sus derechos, será preciso que el Juez se pronuncie; señalando sus fundamentos, (Interpretación), en tanto no solo es una subsunción y, subsecuentemente de la construcción del enunciado normativo. Si tenemos en cuenta que una de las características

del Estado, (Inclusive un Estado primitivo), es la de administrar justicia, que la administración de justicia es previa a la norma positiva y que la construcción de los principios es propia del desarrollo jurídico, debemos entender que, en el Estado Constitucional, el principio de no dejar de administrar justicia es un mandato de optimización. Así, siguiendo a este jurista diremos que, para la aplicación de la teoría general de los principios, resulta útil otro principio, el principio de proporcionalidad, sobre el que más adelante, en la aplicación del caso en concreto de la pretensión, volveremos; pero que en esta parte lo enunciaremos, para decir que, el principio de inexcusabilidad es tal, en tanto que a él se unen consecuencias jurídicas y fácticas como, el acceso a la tutela judicial, (la otra cara de este principio), y otros como, el monopolio del Estado en la administración de justicia, la propia separación de poderes que se cuestiona y nos ocupa, pues, reiteramos, esperar que el legislativo legisle para el caso concreto, implicaría precisamente la afectación del principio de separación de poderes, aun cuando a futuro, la norma tenga efectos generales. En conclusión, el principio de inexcusabilidad y el de supremacía de la Constitución, son principios de optimización de los citados principios de separación de poderes y corrección funcional, del Estado democrático constitucional y que, para su aplicación, el Juez debe hacer un esfuerzo en el mismo sentido de la teoría desarrollada por Alexy, en tanto lo contrario sería, no otorgar tutela jurídica.

71. La ausencia de norma no es un hecho general y cotidiano. Es una excepción en los estados modernos. Solo para determinar la procedencia de las pretensiones, empero, hemos partido del enunciado de que a la demandante le asistirían los derechos invocados y como tal debiera ser inaplicada la sanción a su caso en concreto y sobre lo que más adelante nos pronunciaremos.

En la práctica jurídica constitucional de hacer el control difuso nos encontramos con varias situaciones, entre ellas las más usuales son, a) Inaplicar una norma al considerarla inconstitucional, dejando el hecho, por ejemplo; sin sanción; b) Inaplicar una norma inconstitucional para dar lugar a la aplicación de la norma establecida en la propia constitución, como en los casos de igualdad de derechos y no discrimi-

nación, c) Inaplicar la norma para aplicar otra norma que se considere constitucional, esto es, cuando el hecho o situación fáctica tiene una cobertura de dos normas o existen norma supletorias; entre otros casos; d) En el presente caso, empero, se nos solicita la inaplicación de la norma penal, (artículo 112 del Código Penal), con lo que, de por sí, ya se estaría estimando la pretensión principal, pero que dadas las características del caso en concreto, en el que, no se solicita que cualquier persona sea la que la acuda, sino que sea el Estado quien lo haga, en ejercicio de sus funciones para dar cumplimiento a su derecho, es preciso, 1) Distinguir los diversos supuestos que tiene la norma legal, 2) establecer los criterios y protocolos de su determinación en modo y tiempo, que son parte las pretensiones subordinadas y 3) los criterios y protocolos de su ejecución una vez determinado el modo y tiempo u oportunidad. Así, en punto 1) ha sido materia de oposición por los procuradores en menor medida que las pretensiones subordinadas. Esto es que, la inaplicación de la prohibición penal como tal, no es el tema central de las contestaciones de demanda, sino la actividad de creación de norma que se pretende y sin cuya determinación, podría hacer que la sentencia resulte inocua, inejecutable e intrascendente en su propio caso.

72. Es decir que, no basta con que se prescindiera de la sanción penal, sino que sería preciso, en este caso que, el Estado, por intermedio de sus instituciones médicas, cumpla con los derechos invocados; es decir que se determine cómo, cuándo y bajo qué criterios es que podrá obrar quien realice el acto. Vale decir que, de acuerdo a la experiencia internacional, no es que una vez levantada la sanción penal; cualquier persona y, de cualquier modo, puede acudir a la petición de muerte digna de la persona que lo solicite. Esta es la parte que mayores cuestionamientos ha generado el caso y es la que a criterio de la parte demandada, constituye el elemento que podría afectar los principios de separación de poderes y corrección funcional.

73. Distinto habría sido el caso, de un Amparo en el cual, un médico hubiera asistido en la muerte a solicitud de la persona sufriendo y que, al ser pasible de sanción penal, invocase los derechos de muerte digna de la fallecida, (con la correspondiente prueba de ello), para que se

inaplique a su caso. De estimarse una demanda de ese tipo, no sería preciso establecer criterios, mecanismos ni protocolos para la funcionalidad de este “derecho” a la muerte digna.

Así, si el solo hecho de legalizar el suicidio asistido, (lo que podría hacerse con una norma legislativa), es de por sí un espacio de debate para cuestionar si puede ser dispuesto por el Juez Constitucional, es más debatible y cuestionable el establecer la funcionalidad de la pretensión.

Más aún, una parte de las pretensiones de la demanda es que el protocolo se establezca para la aplicación en casos similares. Esto es que se establezca una norma general y no para el caso concreto.

74. Sobre la fundabilidad y procedencia de cada una de las pretensiones volveremos más adelante. En esta parte, aunque de forma extensa, solo nos hemos ocupado de la procedencia de la demanda en la vía del amparo, lo que implica la posibilidad de estimar el derecho de la demandante en la vía del amparo y la presunta afectación de los principios de separación de poderes y corrección funcional. Ello poniendo como premisa, aun sin debate, de la fundabilidad de cuando menos la pretensión principal.

75. Es preciso, sin embargo, añadir, ya a modo de conclusión primaria que la labor de interpretación, del juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, conforme señala el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, esta judicatura, al realizar su labor de interpretación, cuidará de no desvirtuar las funciones y competencias a fin de que, el equilibrio de poderes inherente al Estado Constitucional y Democrático, se encuentre garantizado.

76. El principio de corrección funcional, o de conformidad funcional; limita las competencias y facultades otorgadas por el esquema constitucional a las instituciones políticas que reconoce. La Constitución de 1993, ha establecido así, el rol del Ejecutivo, como el ejecutor de las políticas de gobierno, el legislativo, como el órgano de fiscalización y formación de leyes y el Poder Judicial, para la administración de justicia con

las normas que el legislativo emite. Sin embargo, la estructura del Estado moderno no es tan simple. Existen órganos constitucionales autónomos con diversas funciones, como el Tribunal constitucional que, por definición es un legislador negativo, cuando declara la inconstitucionalidad de una norma especialmente, pero también cuando inaplica una norma legal para un caso en concreto, sin perjuicio de las funciones de innovación del sistema jurídico vía interpretación, como ocurre en las sentencias manipulativas o aditivas. Esta facultad de órgano constitucional de legislador negativo excepcional, se extiende al Poder Judicial, (cada uno de los Jueces), cuando se establece el control difuso y de inconstitucionalidad de normas reglamentarias; en cuyo caso, deberá además determinar la consecuencia jurídica. En el caso de los procesos constitucionales, esta facultad se intensifica, pues la inaplicación del caso en concreto puede implicar efectos para la doctrina y casuística en general, aun cuando no se le reconozca a cada Juez la facultad de establecer jurisprudencia vinculante, a lo que se llama efecto de irradiación, en una de sus acepciones.

77. Esta facultad de inaplicar normas legales, en efecto, puede llevar a la denominada hiperractividad de los jueces o activismo judicial. Esta judicatura pretende no caer en esa crítica, menos hacer esa práctica. Consideramos que, en principio, se cae en esa práctica cuando el Juez desarrolla interpretaciones forzadas de la norma constitucional para no cumplir, o no acatar las leyes que dicta el legislativo; tal vez porque no las comparte, porque su moral o su ideología particular lo inclinan a una contradicción con las leyes vigentes o una norma concreta dictada por el legislador en uso de sus funciones.

78. No es activismo en cambio cuando; el debate o cuestionamiento de la norma legal se hace para el estricto cumplimiento de la Constitución, cuando la inaplicación y subsecuente generación de un enunciado normativo para el caso, se hace por estricta necesidad del cumplimiento de la propia sentencia, cuando el conflicto de intereses o la declaración judicial hace ineludible un pronunciamiento del juez en ausencia de norma o cuando al inaplicar una norma legal, por algún extremo de su interpre-

tación, debe establecerse un procedimiento, protocolo o criterios de su cumplimiento. Esta judicatura, considera así, a modo de ejemplo el siguiente caso.

Caso perros guía. Inaplicación, enunciado normativo y protocolos de cumplimiento.

79. El Tribunal Constitucional, en el Exp N 02437 2013-PA/TC, ante una demanda de personas con discapacidad visual a quienes no se les permitía el ingreso con sus perros guía; dispuso inaplicar el artículo 88° de la Ley N° 26.842, de la Ley General de Salud y el artículo 8° del Decreto Supremo N° 022-2001-SA, Reglamento Sanitario para las Actividades de Saneamiento Ambiental en Viviendas y Establecimientos Comerciales, Industriales y de Servicios, "...para permitir que los demandantes con discapacidad visual ingresen en sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas", lo que significaba el efectivo ejercicio de su derecho en uso de la Ley N° 29.830 y de derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, ejercicio de su capacidad, entre otros. El TC así, consideró que la intervención que se hacía al derecho de las personas con discapacidad, en uso de normas sanitarias, era excesiva y desproporcionada, por lo que dispone la inaplicación de las citadas normas sanitarias, permitiendo que los demandantes, ingresen sin esa limitación. Para su ejecución, el Juez dispone el cúmplase en el plazo de ley. La demandada, en respuesta solicita que los demandantes, cuando quieran hacer uso de su derecho lo hagan, con su debida identificación, para anunciarse al ingresar a la tienda, a efectos de la ejecución. El suscrito en calidad de Juez de la ejecución, (2° Juzgado Constitucional de Lima), consideró que, el hecho de tener que identificarse, o portar consigo una copia de la sentencia o cualquier otro formalismo implicaba una limitación en sí misma y siendo que en la sentencia establecía que se ejerciese el derecho, de manera ilimitada, constante y sin trabas. Era preciso establecer un protocolo de cumplimiento de la decisión del Supremo Intérprete; por lo que se dispuso: 1) La demandada debía instalar en todos sus locales un anuncio por cartel, donde se señale la permisión de ingreso de las personas invidentes con perros guía, (para conocimiento del personal nuevo y del público), 2) la socialización y

concienciación a todo el personal de lo dispuesto en la sentencia; 3) lo que se debía acreditar con un informe documentado. El abogado consideró que el Juez estaba legislando e impugnó la resolución, pero la cumplió y está vigente, al punto que se ha convertido en una buena práctica que otras empresas han imitado, sin sentencia ni norma adicional.

80. En el citado caso, el Tribunal inaplica una norma por afectar derechos fundamentales, (Igualdad y otros), no precisamente por ser una norma inconstitucional y dispone la aplicabilidad, sin límites, de una ley existente; sin embargo, la idea de cumplimiento de la demandada, era generar una nueva traba, (que los dos demandantes se identifiquen con sus DNI cada vez que pretendan ingresar), mecanismo que incumplía el mandato de no limitación, pues no se le exige a ningún otro cliente una identificación previa; por lo que la forma más adecuada de cumplimiento resultó ser la apertura general para toda persona con las mismas condiciones. Restringir el cumplimiento a los demandantes debidamente identificados, habría implicado, además de permitir la afectación del derecho de otras personas con discapacidad visual, una nueva forma de afectación discriminatoria. Así; no puede decirse que el juez legisló, pues la legislación ya existía en la Ley 29830, pero su cumplimiento a partir del caso en concreto, hizo necesario un protocolo en tres pasos; 1, carteles, 2 socialización de la sentencia entre trabajadores y 3, informe, para su cumplimiento de manera ilimitada, constante y sin trabas, como era el mandato del Tribunal.

81. Nuestra Constitución en su artículo 1° de los Derechos fundamentales de la persona, y del título I. De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". La demandante ha invocado, en principio estos derechos fundamentales y este artículo constitucional. Se considera que ello es fundamental para determinar la estructura del Estado y su modelo económico, social y sus principios axiológicos. Bajo la lectura de este artículo, debemos tener presente el desarrollo del derecho constitucional que, se inicia con la idea que el Estado debe abstenerse, para respetar el desarrollo de la autonomía de la per-

sona humana que cuenta con capacidades y potencialidades; pero que al agregarse el concepto de dignidad, pasamos a reconocer la libertad en su estatus positivo por el que se entiende que las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades para realizarse y el Estado debe promocionar y hacer cumplir estos derechos. La dignidad como tal, importa el aspecto corporal y racional; siendo que lo racional implica elementos como su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia.

La dignidad es, de otro lado, una suerte de principio de principios o base de otros derechos, pues sobre esta se construyen otros derechos fundamentales, tanto frente al Estado, como entre los particulares.

82. En el caso que nos ocupa, la demandante fundamenta su derecho a morir en condiciones dignas, con lo que sustenta la primera parte de sus pretensiones, esto es, el reconocimiento mismo a concluir su proceso vital, es decir su vida, pero que, hasta en ese punto, se respete lo que ella considera una condición digna. Considerando además que, en su caso, no podrá ejecutar por sí misma su voluntad, pues se encuentra en una situación de dependencia; plantea dos pretensiones, a) Que se inaplique la sanción penal personal a quien contribuya o haga cumplir esa su voluntad, lo que implica el respeto del Estado por su libertad y que el acto sea legal, y b) Sea el Estado quien haga cumplir, mediante sus órganos ejecutivos o administrativos, (Entre los que deberá encontrarse la o las personas que materialicen esa voluntad); lo que implica la actividad positiva del Estado para hacer efectivo el derecho reclamado por la demandante.

83. La dignidad humana, como derecho fundamental se ha desarrollado en el constitucionalismo, como un elemento muy gravitante después de la segunda guerra mundial y frente al totalitarismo que disminuye la voluntad del ser humano. Reconociendo que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, dotados como están de razón y de conciencia. El propio derecho constitucional, hace al texto constitucional norma de aplicación inmediata. Un fundamento para la aplicación sobre las leyes y de sujeción de estas al derecho fundamental.

Norma autoaplicativa.

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

“3. Que las normas heteroaplicativas, también denominadas de efectos mediatos, pueden ser definidas como aquellas normas que, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Es decir, que la eficacia de este tipo de normas está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación. Por ende, la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, sino que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad.

En sentido contrario, las normas autoaplicativas pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues esta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos”.

Así, es ya pacífico sostener que, las normas del Código Penal son operativas o autoaplicativas, en tanto, no requiere Reglamento o acto administrativo previo, que determine su aplicación. Cualquier persona que, “...por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, ...” podrá ser denunciado, investigado, procesado y sancionado con la pena establecida en el artículo 112 del Código Penal. Así, no se requerirá que exista

acto o reglamento, previos para que se le aplique la norma.

85. En el caso de la demanda, se solicita la inaplicación de esta norma, en tanto considera que, su sola existencia impide el ejercicio de, lo que considera un derecho fundamental a la muerte digna. Sostiene además que en este caso se trata de una amenaza, pues considerando como su derecho a la dignidad, autonomía, la libertad, entre otros derechos invocados; en el caso de que solicitara el auxilio a un médico, este se abstendría, bajo la disuasión que surge de la aplicación, indefectiblemente, de la norma. Una de las causas por las que se determina esta distinción, entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas, es que existen además otras vías para cuestionar la inconstitucionalidad o afectación de un derecho fundamental, como la acción de Inconstitucionalidad, por lo que es preciso que exista un acto o amenaza que afecte directamente a quien lo solicita. En el presente caso, la demandante sostiene que la beneficiaria tiene una condición de salud particular que en determinado momento tendría el derecho de solicitar asistencia en concluir su ciclo vital biológico lo que, esta norma impide. La intención de esta normativa es evitar el control abstracto de las normas en la vía del Amparo. En el presente caso, se ha señalado que esta sería una causal de improcedencia, esto es que la demandante está pretendiendo un control abstracto de la norma; sin embargo, esta judicatura tiene suficientes elementos para determinar que, a) Existe una situación concreta y real en el estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada, lo que obliga a determinar si existe o no una amenaza a su derecho, que implicaría una declaración de fondo, antes que una cuestión procesal, b) La beneficiaria ha manifestado de forma expresa su deseo de recurrir a terceros para cumplir con su deseo de concluir su vida, lo que además considera un derecho fundamental. Establecer si tiene el derecho o no, es también un pronunciamiento de fondo, c) No se trata del derecho del tercero, esto es del médico o Comisión médica ejecutante lo que lo afecta, de manera directa, sino que la norma disuade a estas personas, impidiendo el cumplimiento de lo que considera un derecho fundamental a ser asistida. Así, no observamos que se pretenda un control abstracto. Nótese que el homicidio piadoso, implica necesaria-

mente la participación de dos sujetos activos: 1) El que lo solicita y 2) el que lo asiste o ejecuta el homicidio, siendo que el primer sujeto, (activo y pasivo a la vez), no es punible.

De hecho, esta judicatura no hará un control abstracto de norma alguna, sino que hará un pronunciamiento de fondo en relación a los derechos invocados por la demandante y su beneficiaria. Debe entenderse que, el Juez debe proteger los derechos constitucionales con el mayor criterio de tutela, a fin de que se logre la plena vigencia de estos derechos, incluso cuando la lesión provenga de una norma legal y conservando la validez constitucional de la norma hasta donde sea razonable.

Respecto de lo señalado, Castillo Córdova, dice:

“Una interpretación en contrario será inconstitucional, ya sea porque entonces el poder político (en su función legislativa, judicial o ejecutiva) no está cumpliendo con uno de sus deberes primordiales: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44CP), como porque no se estaría cumpliendo con el principal criterio hermenéutico constitucional: la persona humana es el fin y la sociedad y el Estado se encuentran a su servicio (4).

Tema probatorio. El estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada Ugarte.

86. El diagnóstico expuesto en el Informe médico adjuntado a la demanda, es el elemento de prueba más evidente del estado de salud de doña Ana Estrada Ugarte. En la demanda se ha narrado sus sensaciones y descrito sus dolencias y la situación de discapacidad progresiva a la que la somete la enfermedad. Clínicamente se le ha diagnosticado Polimiositis, una enfermedad autoinmune que afecta el tejido muscular. Se considera que es incurable, con lo que se tienen en el nivel de la ciencia actual. Es degenerativa, en tanto destruye las capacidades orgánicas de sus músculos y su organismo en general. Es progresiva porque se va agravando con el paso del tiempo, siendo que, se determinaron sus primeros síntomas a los 12 años de edad, y tiene en la actualidad 44 años de edad, fecha a la cual se le considera la enfermedad, avanzada.

87. Como parte de su tratamiento ha consumido o consume principalmente corticoides, medicamentos inmunosupresores, (ciclosporina e imurán), metotrexato e inmunoglobulinas, entre otros.

Ha tenido sucesivas y frecuentes intervenciones médicas, ha estado en Cuidados intensivos y cuidados intermedios en oportunidades, se le ha practicado o aplicado un tubo endotraqueal, una traqueotomía, (para poder respirar), una gastrostomía en cuanto no puede deglutir normalmente o cuando su estado de salud se hace crítico y debe ser alimentada mediante esta sonda, entre otras intervenciones.

Se puede probar y observar los periodos de crisis y mejoras temporales, así como el progresivo agravamiento de sus dolencias, con la historia clínica que adjunta a la demanda en Disco compacto, que se ha tenido a la vista.

Con lo señalado, esta judicatura puede considerar que, en efecto, su grado de dolencia es muy grave, no evidencia una muerte en el corto plazo, pero sí, situaciones insufribles, que afectan sus derechos, su libertad física, su condición psicológica, su desarrollo personal y profesional, pese a muchos esfuerzos, realizados por ella misma y su familia.

Sobre los Derechos Fundamentales Invocados.

Derecho a la dignidad

88. En este punto, es preciso tener presente el debate sobre la expresión de voluntad como expresión de la razón y fundamento de la dignidad, respecto de la dignidad que debe reconocerse también en las personas con discapacidad psicosocial. La tradición Kantiana ha influido de tal forma en el derecho que, somos tributarios de la diosa Razón. Así, Dworkin, establece una relación entre la razón y la dignidad al punto que, de una primera lectura puede considerarse que solo es digno quien tenga razón y es solo pasible de beneficencia quien, a consecuencia de una discapacidad no puede expresar su voluntad o esta, está afectada. Sin embargo, el propio autor, se encarga de distinguir entre lo que es la dignidad, la indignidad, la conciencia de indignidad y la beneficencia. A nuestra consideración, sin embargo, al haberse cargado a la

razón, como fundamento de la dignidad, el debate quedó abierto, puesto que no satisface plenamente establecer que hay dignidad después de la razón, solo cuando se ha tenido razón previamente, y sin un fundamento suficientemente claro, respecto de aquellos que nunca tuvieron uso de razón o no la pudieron expresar.

89. El derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Consideramos por ello que, la dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción (5). La capacidad no puede ser considerada como sinónimo de dignidad o único fundamento de ella, ni siquiera el único receptáculo de la dignidad.

En efecto, la dignidad, se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición. Pero también, por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad.

90. Existen otras facetas de la dignidad, como la que se inicia en su versión de lenguaje común, esto es el de ser “merecedor de respeto”, es decir, la cualidad de la persona que se evidencia por su obra o actitud que lo hace digno, lo que implica; una medida de la justicia. En términos políticos, la dignidad es también base del pluralismo, como respeto de las ideas del otro, empero estas son más bien derivaciones, antes que el aspecto central de la idea que nos ocupa.

Dignidad de personas con discapacidad y dignidad como concepto de interpretación no pacífica.

91. Es necesaria esta reflexión en tanto el concepto de dignidad mismo, ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado y esta judicatura debe exponer su idea sobre este concepto a fin de determinar a partir de ello, lo que se considera como una vida o una muerte digna a partir del texto constitucional. Así, si se considera que la dignidad tiene como fundamento la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que podemos conocer como expresión de voluntad, ello implica la capacidad de razonar. Empero, no podemos

considerar, esta como la única medida para reconocer o presumir la competencia y la propia dignidad. La capacidad de tener un mejor, peor, menor o mayor razonamiento o, el que el razonamiento pudiera estar perturbado por diversas causas, (imaginarias o reales), la capacidad de negociar o la imposibilidad de hacerlo, por la deficiencia de los medios para hacerlo, etc., son elementos propios del ser humano y son la mejor medida de su individualización, respecto de los otros seres. Partimos del hecho de que los seres humanos, nos diferenciamos de los otros animales, por el uso de la razón, pero no todos los seres humanos tenemos un coeficiente intelectual homogéneo, considerando además que el IQ es también una medida convencional. Podemos imputar en otros términos este atributo a una persona jurídica o una computadora, esto es capacidad de “elegir” y “razonar”, o la omnipotencia de Dios; empero, no es esta la dignidad ni la libertad que jurídicamente entendemos. La dignidad, sin embargo, es base axiológica en la comunidad cristiana como el elemento “otorgado por Dios” que, igualmente sería independiente de la razón y por lo mismo, base para contradecir los fundamentos de la demandante. Consideramos, sin embargo, que el fundamento jurídico que se inscribe en la Constitución, si bien tiene antecedentes de diversa vertiente e interpretaciones también diversas, incluidos los fundamentos religiosos o no religiosos; es fundamentalmente, la idea respeto por el otro que, es medida de la justicia que se tiene y se debe, y que, de otro lado, la persona tiene de sí misma.

92. Así, la razón es instrumento de referencia fundamental, pero no es solo la razón el elemento que configura la dignidad. En efecto, hace falta un mínimo de razón para hacer efectivo un derecho por uno mismo. La razón, es la base para hacer uso efectivo de la libertad. No es posible elegir, (uso de la libertad), si no se distingue entre las alternativas a elegir. Sin embargo, la justicia no puede tener como única base la capacidad de razonar o de negociar. El acto jurídico puede ser válido aun si se demuestra que la decisión fue emitida sin uso efectivo de la razón, siempre que se pruebe la buena fe y la ausencia de perjuicio.

93. Ana Estrada, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso

de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir, es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si eventualmente, no puede expresar su voluntad y lo seguirá siendo si, también pierde el uso de su razón.

94. La dignidad, sin embargo, tiene el componente de la autopercepción. Coloquialmente puede decirse que, una persona no se siente digna de un atributo otorgado, pero ello no implica que jurídicamente se le desconozca ese derecho. Un delincuente, al ser sancionado, perderá su libertad y las mayores restricciones dada su peligrosidad, sin embargo, el sistema jurídico, dispone que, dentro de lo posible, debe respetarse su dignidad. Habría que preguntarse, si el delincuente tiene una determinada percepción de su dignidad, pues puede sentirse miserable, como puede sentirse solo restringido de ella y hasta puede concebirse digno o su autopercepción puede estar distorsionada, sin que se anule su percepción o no tenga un juicio moral de su dignidad. Así, tanto la percepción exterior de la sociedad, como moral social, puede presentarse distorsionada, del mismo modo, la auto percepción puede estar distorsionada por diversos elementos, empero, ello no implica que no exista.

95. En otro extremo, una persona con pérdida de sus capacidades cognitivas, (Con Alzheimer avanzado, por ejemplo), podría no tener una percepción de su propia dignidad, empero, no es pura compasión o beneficencia la que debe tener el sistema jurídico y la sociedad respecto de esta persona, sino reconocerle, auténticamente, su dignidad. Sin embargo, esa misma persona, antes de ingresar a esa situación, cuando aún hace uso de su razón y aunque fuere parcialmente, sentirá que, en esa situación futura, habrá perdido su dignidad, porque la medida de su propia percepción de dignidad, será su estado de conciencia y razón. A muchas personas, nada nos da más miedo y sensación de miseria, (Es decir indignidad); que la pérdida de conciencia. A Ana Estrada le atemoriza la posibilidad cierta e indefectible, de perder las facultades físicas para ejercer su libertad, su propio pensamiento que podría estar vigente, pero piensa que se sentirá sumida en la miseria. Es una autopercepción de su dignidad y por tanto de su autonomía. Y, eso debe reconocerle el sis-

tema jurídico, como un derecho, en tanto la medida de su propia percepción de su dignidad es aquella que expresa en el momento de lucidez y razonabilidad.

Apoyos y salvaguardias como expresión de la razón.

96. Reiteramos la idea de que la razón es la referencia de la dignidad, y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que Ana Estrada ha otorgado una Escritura Pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias, en el presente, (18 de diciembre de 2020), cuando está vigente y lúcido su razonamiento, que así lo ha determinado la Notaria, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando sus decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e inclusive su vida. Este acto jurídico, empero, mientras tenga capacidad de raciocinio; es revocable o modificable, en tanto son decisiones unilaterales. No se está amarrando al mástil, como en la figura literaria de Ulises frente al canto de las sirenas. Sin embargo, debe presumirse que esta sigue siendo su voluntad, cuando no pueda expresar un cambio de esa voluntad o, su raciocinio haya sido afectado por una discapacidad mental.

El ser humano como acto de libertad.

97. El individuo es propietario de su libertad, pero nada lo hará menos libre que la pérdida de razón y consecuentemente, de su conciencia, respecto de esa libertad.

La vida digna, entonces es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella, que nos reconoce el derecho y la sociedad y aquella que percibimos cada uno de nosotros, sobre nuestra propia persona. Para que esto último ocurra, es preciso el uso de la razón y es por eso la mejor referencia de su propia dignidad, sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición y capacidad.

Hemos hablado también de la expresión de voluntad, lo que a su vez implica el uso de la libertad. La libertad es, antes que la razón, lo que hace al ser humano. Fernández Sesarego, conci-

be el derecho como libertad y la libertad lo que hace al hombre.

“...somos conscientes en la actualidad que el ser del hombre, aquello que lo hace ser lo que es, no es la razón, sino la libertad. Se ha comprobado científicamente que los mamíferos, especie a la que pertenece el ser humano, poseen psiquismo. Luego, no es la razón, los sentimientos o la voluntad lo que diferencia al ser humano de los demás mamíferos. El ser humano es el único mamífero cuyo ser es la libertad, lo que lo hace capaz de sensibilizar o vivenciar valores abrirse a la espiritualidad, y crear reglas jurídicas. La libertad es lo que hace al ser humano un ente diferente a todos los demás entes del mundo” (6).

98. Siguiendo a este jurista diremos que, en uso de esa libertad, el ser humano se proyecta, hace planes y su vida es una sucesión, concreción y nuevos planes en una lucha por lograrlos y alcanzar su propia perfección que, aunque no la consiga nunca, determina su dignidad o hace que la dignidad le sea inherente, porque no lo hace objeto (7), sino fin. A partir del pienso luego existo o luego soy, cartesiano el ser humano se percibe a sí mismo, se asume, elige y al elegir, hace uso de su libertad.

99. La libertad está también consagrada en nuestra Constitución, ella es también inherente al ser humano y la libertad significa la autonomía de tomar decisiones, incluso la de vivir. Vivir así, no es un deber, ser libre sí lo es y en esa medida puede proyectar su vida, también su muerte. La libertad, empero, es también un bien que puede ser limitado, de hecho, el ser humano se limita en su libertad para no hacer daño a otros, el Estado es un límite a su libertad, pero es también garante de ella. Al ser límite y garante, es posible que legisle, o decida mediante actos concretos esos límites y, estos son excepcionales.

El dolor

100. El sufrimiento físico o psicológico puede generar un dolor trascendente, esto es que afecte a la condición humana misma, a la dignidad. Frente a ello es un derecho el no sufrir ese dolor, sea por causa de un tercero, del Estado, de una situación estructural o de su salud.

“La vía negativa a la que se refiere Vásquez supone entender que la dignidad lo que viene a fijar es algo así como un “umbral mínimo”, ciertos “mínimos inalterables” vinculados con “nociones negativas” como las de privación, enajenación, vulnerabilidad o incapacidad y que podrían resumirse en esta fórmula: “no ser tratado con crueldad, ni con humillación”.

Aclara además que, si enfatiza la vía negativa, es porque “quizá los liberales hemos puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía”, lo que supone haber descuidado “la otra cara del liberalismo”, lo que Judith Shklar llamo “el liberalismo del miedo” y que significa precisamente la ausencia de temores, o sea, de nuevo el “ser tratados sin crueldad y sin humillación” (8).

101. Los seres humanos tenemos claro que, la enfermedad es sinónimo de dolor y más que eso, es la referencia más cercana al final del ciclo vital. Si bien la salud, es también un concepto no pacífico y discutible, todo ser humano, percibe que la falta de salud es la puerta que se abre a la muerte. Así, todo ser humano tiene ante sí dos opciones; la curación o la muerte. La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso, que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. Una percepción kafkiana. Así, no solo es la falta de razón, la que generaría una pérdida efectiva de dignidad, sino la percepción clara por medio de la razón, de que no es posible hacer uso de su libertad para seguir viviendo de una manera que espera. El dolor, no es solo dolor físico.

102. En el caso de Ana Estrada, puede verse que narra una progresiva pérdida de sus afectos; como la pérdida de su intimidad, la pérdida de los momentos de estar a solas consigo misma y con sus pensamientos, el dolor físico que causan las “atenciones” e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una “carga” para su familia, la pérdida de sus amores y deseos trunco y seguramente una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. Entonces con lo poco que

le queda, precisamente de esa libertad que está perdiendo, pide justicia, lo que para ella significa, poner fin, en determinado momento a esa paulatina pérdida de dignidad.

Consideramos así que, esta es una razón para que la justicia exista. El Estado, solo puede respetar ese acto de rebeldía frente a la ley. El Estado no puede dejar de tener piedad (9).

103. El suicidio (la tentativa), no es sancionado en las normas positivas, es impune. Si bien la moralidad religiosa de un sector, rechaza este acto, de manera absoluta como una irreverencia a quien la otorgó, sin embargo, hay otro sector y una teoría que admite o deja al debate en determinados casos, precisamente con base al uso de la libertad y la dignidad. Nuestro Estado laico, el sistema jurídico Constitucional de valores cuyo elemento central es precisamente la libertad y la dignidad, tiene una misión más allá del punto vista religioso y es de la parte que nos ocupamos primero, esto es, la de hacer justicia ante el reclamo de una persona.

104. Habíamos dicho que, la medida de esa vida digna es la propia persona. La medida de la intimidad, (un elemento de la dignidad), la puede dar solo la misma persona. En la actual sociedad de masificación de medios, muchas personas exponen sus vivencias en los medios y redes sociales, unos más que otros y el grado de exposición, solo lo pueden dar esas mismas personas, es decir, que cada quien expone lo que considera aceptable y no publica lo que considera su intimidad. Así, solo puede reclamar y proteger el espacio que la misma persona no expuso. De hecho, tiene derecho a proteger ese grado de intimidad que la misma persona considera tal. Ana Estrada reclama estar un tiempo a solas, pues considera que, tener una persona que la cuide las veinticuatro horas al día, implica también que se restrinja o elimine su intimidad, pero hay otra parte que expone, en redes sociales, en medios de comunicación; habrá una parte que aún considera que es su intimidad y tiene derecho a proteger ese espacio, aunque minimizado, es parte de su intimidad y es una circunstancia de afectación a su libertad. De ello podemos concluir que aun el tratamiento en su favor, puede tener una consecuencia que afecte otro derecho, que en algún momento puede ser más apreciable o importante.

105. De este modo, podemos concluir válidamente que, existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto, implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera; una muerte digna. Algunos podrían entenderla, como una muerte natural, una muerte heroica, una muerte trascendente, tal vez solo una muerte sin sufrimientos de cualquier tipo; es decir libre, como la queremos la mayoría de los mortales. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad, sostiene el derecho a concluir-la, si la vida carece de dignidad, de morir cuando aún la vida es digna o de no pasar una situación de indignidad que arrastre a la muerte indefectiblemente.

106. En el acto de audiencia, se le preguntó a la demandante a cerca de su estado de salud mental y de ser el caso, de su tratamiento psicológico y psiquiátrico, a fin de determinar con claridad, si esta percepción de indignidad tenía bases en el razonamiento que ella tiene sobre su estado de salud o si independientemente de esas bases fácticas, subyace una condición psicológica únicamente; pues puede considerarse que algunas personas, por cualquier causa, prefieren seguir viviendo a pesar del dolor y deterioro. Es decir que, es preciso distinguir la percepción basada en una situación específica y de dolor o limitación física, causante del sufrimiento; respecto de una patología psicológica, (depresión), que conduzca al deseo suicida.

107. Nuestra legislación, (nuevamente), no distingue entre el suicidio por causas patológicas de la psiquis, respecto de condiciones reales y objetivas que determinen alcanzar el derecho que en esta parte hemos considerado. Empero, está claro que el deseo suicida por causas patológicas, a lo que tiene derecho, es a un tratamiento. Una persona que, padece de una enfermedad momentánea o incluso reiterada de acabar con su vida, por causas atribuibles a una patología, luego de un tratamiento, posiblemente agradecerá a quien lo haya acudido en su momento de crisis, cuando haya vuelto a su normalidad. La autopercepción, en este caso no tendría bases para acceder a un nivel de derecho a acabar con su sufrimiento por medio de la muerte, sino por medio de un tratamiento.

En caso de que la afectación psíquica no tuviera tratamiento efectivo, igualmente, ese deseo suicida no es atendible como un derecho, en tanto, la voluntad, la libertad, está afectada de una distorsión por la enfermedad que afecta precisamente su razón y su voluntad, que como hemos dicho, es la medida de su libertad y de su dignidad. Como tal, no es propiamente expresión de su voluntad. En tales casos es, además, sancionable, la asistencia al suicidio, aun cuando reúna las condiciones de piedad y petición de parte.

108. La demandante sostiene como el derecho a "... decidir de manera informada y expresa, controlar el fin de la vida debido a dolores incurables y condiciones de deterioro que vulneran la dignidad de quien padece una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva", añade que, este es un derecho que si bien no está inscrito en el listado de derechos constitucionales en la Carta de 1993, ello no impide que se le considere como tal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3° de la Constitución que establece la cláusula de *numerus apertus* o lista abierta, de derechos constitucionales al ser, la muerte, una fase esencial de la vida misma, que no es posible mantenerse inerte ante ella, cuando la vida no merece la pena vivirla, lo que implica solo reconocer la autonomía del individuo, de decidir su propia existencia con dignidad. Argumenta además que "... la norma constitucional que exige al Estado proteger la vida frente a privaciones arbitrarias no se contrapone al reconocimiento del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas". Sostiene que se trata de un derecho que puede ejercerse solo en condiciones específicas y extraordinarias, donde se busca efectivizar el último espacio de libertad disponible en el cuerpo y su vida, cuando prolongar la vida significa una afectación irreversible a su dignidad y una forma de trato cruel.

109. Uno de los procuradores sostiene que, el hecho de no haberse demostrado que Ana Estrada padezca de dolores intolerables, sería fundamento para no inaplicar la norma, en el entendido de que solo se trata de dolor físico. En efecto, Ana Estrada no ha manifestado que padezca de dolores insufribles o intolerables, lo que padece es de una enfermedad incapacitante, lo cual sí es físico. Está perdiendo paulatinamente la capacidad motora y algunas

capacidades orgánicas, que algunas intervenciones como la gastrostomía son dolorosas en algunos momentos, pero no es lo que describe como insufribles. Así, según el procurador, no se cumpliría taxativamente con la parte del texto legal que dice, "...que lo solicita de manera expresa y consciente poner fin a intolerables dolores..." En caso fuese válida la interpretación del Procurador que solo puede aplicarse este artículo en caso de dolores (físicos), intolerables, deberíamos interpretar, a contrario sensu, que en caso de que no existiesen dolores, el homicidio piadoso no es punible, como lo es el suicidio, por falta de tipicidad. Esta judicatura entiende así, sin que ello sea analogía, o interpretación extensiva, que cuando la norme dice dolores, se está refiriendo a la sensación íntima de sufrimiento. El dolor finalmente puede ser intolerable para algunas personas más que para otras, frente a una misma lesión y los analgésicos pueden evitar significativamente el dolor, aunque en algunos casos implique afectación de otras sensaciones y de la conciencia.

Homicidio piadoso.

110. Se ha solicitado la inaplicación del artículo 112 del Código Penal cuyo texto dice:

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Es en efecto una norma autoaplicativa; no requiere acto adicional o reglamento que viabilice su aplicación. En caso una persona, especialmente un médico, (responsable de su cuidado), realice tal acto, será pasible de procesamiento y sanción de oficio.

111. Habíamos señalado antes que, no se trata de un caso ya consumado donde, por ejemplo, un médico a quien se le imputa el hecho típico, haya interpuesto un Amparo. En este caso, es la propia persona que pide ser asistida en la consumación de su muerte quien solicita la inaplicación para su cooperante. Así, el acto, no está consumado, es futuro y no inminente, (en el sentido de próximo en el tiempo), más bien condicionado a la estimación de su pretensión y a su propia voluntad. Sin embargo, de acoger-

se la pretensión, en el sentido de que estimar el derecho a morir por voluntad propia, pero con ayuda, es ineludible pronunciarse sobre este extremo; pues no tendría sentido considerar que la muerte digna es un derecho y al mismo tiempo, aplicar la sanción a quien ayude a cumplir ese derecho.

Empero, es preciso tener en cuenta que no se trata de un caso consumado, más bien, se solicita su inaplicación para el caso futuro pero factible, de lo que considera el cumplimiento de su derecho a la muerte digna.

112. La demandante sostiene así que, es una norma cuyos efectos jurídicos crean una situación inconstitucional que impide el ejercicio del derecho fundamental a decidir las circunstancias en las que la señora Ana Estrada Ugarte desea tomar control sobre su vida y poner fin a sus sufrimientos intolerables que experimenta producto de la enfermedad que padece. Ello, en tanto impide a los profesionales médicos ejecutar el procedimiento médico cuando ello sea factible y así lo decida, que también impide una regulación sanitaria al respecto, por lo que considera procedente. Añade que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin consentimiento previo y como tal tiene derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa, de acuerdo a la Ley general de Salud, lo que constituye el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y de tomar una decisión consentida e informada, pero que además, implica que el Estado asume el reconocimiento de que su deber de proteger la salud y la vida de las personas es desplazado por el derecho a la autonomía del individuo, pasando del modelo de beneficencia de la ética médica al modelo de la autonomía que toma a la persona, como la más capacitada y legitimada para decidir en base a sus valores y creencias personales. La regla señalada solo tiene como excepción los casos de emergencia, donde no es necesario recabar el consentimiento informado del paciente o cuando existe riesgo comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública, lo que implica que este derecho tiene su límite en el derecho de los terceros.

113. Reitera que, su pedido no es que la dejen morir rechazando los tratamientos reque-

ridos en su caso, sino que el Estado le permita controlar y decidir en uso de su autonomía y en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, así como a su derecho a no recibir tratos crueles e inhumanos y que, para la materialización de ello, requiere que la participación de terceros, no sea criminalizada.

Cita el caso de la Sentencia 970-14 del Tribunal Constitucional de Colombia, donde se dispuso la creación de comités cuyas funciones fuesen las de acompañar a la familia y al paciente en ayuda psicológica, médica y social para que la decisión no genere efectos negativos, atención que debe ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento, mediante Comités de tipo científico - interdisciplinario para el derecho a Morir con Dignidad, como garantes de todo el procedimiento.

114. Vamos a recoger de la demanda, también las definiciones; teniendo el concepto de:

A. Suicidio asistido o auxilio al suicidio, como la acción del tercero que, sin contribuir a la formación de voluntad del suicida, lo ayuda a que se concrete. Distinto a la instigación al suicidio donde el tercero “siembra la idea”, penalizado en el artículo 113 del Código Penal. B. La eutanasia; que supone la intervención de un profesional médico a petición expresa del paciente que padece de enfermedad incurable y que procura poner fin a sus dolores. C. El homicidio piadoso, tipificado en el artículo 112 del Código Penal como delito a el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente poner fin a sus intolerables dolores. D. cuidados paliativos. “un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan los problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal, planteamiento que se concreta en la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la detección precoz y la correcta evaluación y terapia del dolor y otros problemas, ya sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual” y E. Muerte en condiciones dignas: Acorde a la Corte Constitucional de Colombia, es un derecho que garantiza que, “luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos”.

El tipo penal cuestionado, en la doctrina.

115. Existe ya un largo debate en sede nacional sobre este artículo, donde los juristas, se han mostrado mayoritariamente críticos. Así; para Javier Villa Stein (10), este tipo penal se incorpora en el Código Penal de 1991 y considera que:

“Al codificador se le pasó por alto la eventual anticonstitucionalidad del tipo penal creado pues la Constitución de 1979, consagraba en su Art. 2 él «derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad» y este derecho de rango constitucional, se ve atacado en la hipótesis de una agonía o muerte indigna. Respecto de la Constitución de 1993, ocurre otro tanto, pues en este caso se colisiona el tipo penal del homicidio piadoso, con lo dispuesto. Con el Art. 1 del estatuto peruano que consagra «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» pues se mata por piedad y en precisa salvaguarda de la vida y muerte digna, este acto de supremo amor no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez. El artículo 2 del estatuto peruano asimismo defiende el libre desarrollo de la persona, derecho que igualmente se pone a salvo en la dogmática, pero justa hipótesis del homicidio por piedad”.

El ex Juez hace además un análisis y recuento de las distintas figuras que pueden darse dentro de este artículo del código penal, sobre las que también nos ocuparemos más adelante, para determinar los casos de interpretación conforme a la constitución o en contra de la misma, a fin de determinar su inaplicación. Es de notar también que concluye con un breve comentario sobre el principio de oportunidad y su aplicación al caso.

116. Es interesante un artículo de Reyna Alfaro (11), por el recuento que hace de los juristas peruanos y su posición u omisión al respecto, denotando la tendencia mayoritaria por la descriminalización; citando a Salinas Siccha, Villavicencio Terreros, Villa Stein, Chirinos soto, Bramont Arias, García Cantizano y Momethiano Santiago; el autor por su parte sostiene:

“Justamente la configuración de una especie de deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular colisiona con el princi-

pio de dignidad de la persona. La configuración constitucional del derecho a la vida no se limita a reconocer el derecho a vivir en términos estrictamente biológicos, si no que comprenden de las condiciones de vida que, en un Estado de derecho, deben necesariamente ser compatibles con el principio de dignidad de la persona. Esta configuración constitucional del derecho a la vida, por otra parte, no puede vincularse a determinadas concepciones religiosas que propugnan la santidad de la vida...”

Más adelante, sobre el bien jurídico; vida y su disponibilidad dice:

“La calificación de la vida humana como bien jurídico absolutamente indisponible supone una suerte de reconocimiento de su absoluta falta de relación con la voluntad de vivir de su titular, y constituye, además, una contradicción total con la existencia de supuestos reconocidos constitucionalmente de disposición de la vida por parte del Estado, como la pena de muerte en casos de traición a la patria durante guerra exterior”.

117. Resultan también importantes las consideraciones técnicas de este tipo penal, al señalar que su principal elemento es que es un homicidio a petición, sea de su forma activa o pasiva, es decir, por acción directa u omisión del acto necesario para que siga con vida y que determine el alargamiento de la vida, siendo que, para el autor, estos casos no serían típicos, puesto que no se provoca la muerte ni se adelanta la misma, solo se hace más tolerable. Precisa que el único sujeto pasivo del delito, es un enfermo incurable, que sufre intolerables dolores y excluyendo a las enfermedades psíquicas, puesto que resulta discutible establecer que la expresión de voluntad se hace en estado de conciencia. Ello implica además que el consentimiento es necesariamente expreso. Precisa además que:

El móvil es indudablemente el piadoso que es uno de los sustentos del menor desvalor de la acción que justifica la menor carga punitiva del homicidio a petición, relacionado a la menor peligrosidad del autor en relación al homicida ordinario. No obstante, conviene recordar —con Eser— que la mayoría de ordenamientos jurídico-penales considera irrelevante el motivo del autor para realizar el homicidio, en la medi-

da que lo realmente trascendente es la petición expresa de morir de la víctima.

118. Asimismo, se puede comprobar que, es solo desde el actual Código Penal que se tipifica este acto como delito; esto es que más antes fue un acto no punible, pues el texto del anterior código de 1924 dice:

Código penal de 1924. Art 157. El que por móvil egoísta instigare a otro al suicidio o lo ayude a cometerlo, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años.

Se observa así, que se sanciona solo el móvil egoísta, no el móvil piadoso que, al no nombrarse, se entiende que no es punible, por el principio de legalidad y tipicidad penal.

119. Un artículo más extenso y muy interesante es el de Claus Roxin, con una detallada tipología de la eutanasia y figuras relacionadas, que incluyen el tipo penal del caso que nos ocupa. Esta resolución no pretende ser un recuento de lo señalado por estos juristas, por lo que tomamos de este artículo únicamente la Toma de posición, en tanto considera que:

“Por otro lado, aún hoy en día no pueden ser controladas suficientemente todas las situaciones de profundo padecimiento (65); y suceden realmente casos en los que existe un deseo de morir apremiante y comprensible como lo demuestran sobradamente los ejemplos ya expuestos extraídos de la jurisprudencia. Pero se debe tener presente que, de acuerdo con el Derecho alemán —a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los Ordenamientos jurídicos extranjeros—, la complicidad en el suicidio siempre ha sido impune. La forma de intervenir desarrollada por Hackethal (vid. supra E I) permanece bajo el Derecho vigente como la última salida posible, cuando fracasan todos los medios para hacer superfluo el inaplazable deseo de morir. Si en un caso de esta naturaleza quien desea morir bebe por sí mismo el vaso cuyo contenido le depara una muerte plácida, solo él ha dado el último paso. Esto me parece siempre más tolerable que un homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado.

Si se tiene esto en cuenta, únicamente subsisten raros y extremos supuestos en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa, por encontrarnos con una persona deseosa de morir por estar mortalmente enferma y padecer graves sufrimientos, que ni puede ser liberada de sus padecimientos ni está en situación de poner fin a su vida por sí misma. Así, esto puede suceder con una persona completamente paralizada y amenazada por una muerte por asfixia. Me parece que un caso como el resuelto por el Tribunal de Ravensburg (supra D I 4) pertenece a esta categoría. El marido, que en este caso proporcionó la muerte a su mujer mediante la desconexión de un aparato de respiración artificial, tampoco habría merecido pena alguna si, en vez de la interrupción técnica del tratamiento, hubiera recurrido a su muerte directa” (12).

Nótese que el jurista considera que es más tolerable el suicidio por mano propia que el “homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado”; sin embargo, considera que en el caso en el que la persona, siendo víctima de sufrimientos desmedidos y deseosa de morir, no puede poner fin a su vida por sí misma, que sería el caso que nos ocupa, dice que este sería un caso “en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa”.

120. Frente a estas posiciones existen por supuesto, opiniones en contra en la doctrina, basadas fundamentalmente en el valor de la vida como bien absoluto y respecto del cual, diremos que está claro que, la vida, como todo derecho, tiene límites, en nuestra constitución, tales como la pena de muerte en caso de guerra exterior y la defensa propia y situaciones no punibles, como el suicidio, el duelo, el aborto terapéutico, la defensa propia y la acción necesaria de la policía, (actuación conforme al deber). Aun así, es posible defender el fundamento, señalando que dichos límites, debieran ser abolidos. Esta judicatura, al respecto, debe expresar que, no es posible en esta resolución hacer una toma de posición sobre todos los extremos, puesto que no son materia de esta causa, no han sido expuestos por las partes y no es preciso hacer un ejercicio académico, pues precisamente ese es el límite de una decisión jurisdiccional, esto es, el de no hacer pronunciamientos sobre temas que no son puestos a consideración del Juez.

121. Debemos entender así, en relación al caso en concreto que, sobre la base de lo expuesto por la doctrina, la eutanasia en un caso como el de Ana Estrada, más que un homicidio piadoso, como lo denomina el tipo penal en cuestión, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo; ello, teniendo en cuenta que, si no se le hubiera aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella tal vez, ya habría fallecido. Estos tratamientos eran necesarios, los ha deseado y aceptado ella misma, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria; pero, llegado un momento en el que se ofende a su propia dignidad y sin tener al otro lado una real posibilidad de curación y de vida digna; solo se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano. El estado vegetativo, y sus similares clínicos, no son estados naturales, dicen los médicos.

122. De otro lado, tenemos presente que, el debate también se ha dado en sede legislativa, así, se tiene conocimiento de la Página Web del Congreso de la República que, el 04 de marzo del año 2015, se presentó un Proyecto de Ley N° 04215/2014 CR, Ley que despenaliza el homicidio piadoso y declara de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia”, proyecto que no tuviera éxito en el trámite parlamentario. Así mismo, se ha tomado conocimiento por medios de comunicación públicos, que se habría presentado un nuevo proyecto de ley, recientemente, cuyo trámite apenas inicia. No es posible, para esta judicatura, empero, esperar o suspender el proceso, en relación al anterior ni al nuevo proyecto de ley, por las razones que hemos señalado en la primera parte de esta resolución.

La doctrina del doble efecto (PDE).

123. En el debate de la eutanasia, se ha tomado, reiteradamente, como criterio de su fundabilidad, (o infundabilidad), el principio o doctrina del doble efecto. Es de verse que, este principio, se usa extensamente y en diversos grados. En el presente caso, nos guiaremos de Alejandro Miranda Montesinos (13). Este Principio o Doctrina, nace de la situación en que, para conseguir un determinado fin o efecto bueno, se producirá un efecto malo, dependiendo de la propor-

cionalidad de uno y otro; es lícito o no, ese acto. La doctrina viene desde Grecia, pasando por los filósofos escolásticos, Santo Tomás de Aquino y vuelve a aparecer entre la moral y el derecho del Common Law del siglo pasado, siendo un hito el caso *Vecco c. Quill* de 1997, en la Corte Suprema de Estados Unidos.

124. En nuestro medio, los denominados límites o excepciones al derecho a la vida, pueden fundamentarse precisamente en este principio, tales como la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, el aborto terapéutico y la praxis médica. En efecto, los médicos a menudo se ven en esta disyuntiva, pues un medicamento alivia o cura un mal, pero tiene efectos secundarios nocivos, donde tendrá que contemplar la proporcionalidad de efecto secundario, si el efecto, secundario es insignificante, el criterio de proporcionalidad, será sencillo, pero a medida que el riesgo o mala consecuencia se incrementa, se inicia el debate sobre la punibilidad. Así, es necesario distinguir entre lo directamente voluntario y lo indirectamente voluntario; esto es, lo que se quiere alcanzar, (fin) y aquellos efectos colaterales que se debe o puede prever, pero que no es el fin ni el medio. En consecuencia, no es responsable, de todos los efectos malos por igual, sino que existe una diferencia entre lo que se pretende y aquello que solo se prevé y será medido en proporción a la importancia de la finalidad de su acción, frente al mal causado.

125. El efecto malo, que prima facie sería imputable ad culpam al agente por haber sido causado a sabiendas, deja de serle así imputable “consideradas todas las cosas”. El principio no opera, pues, como una causa de excusa, ya que el efecto malo no es causado involuntariamente. Tal efecto es considerado en la deliberación que precede a la elección de la acción, y el agente tiene la posibilidad física de evitarlo, absteniéndose de realizar esa acción. Por eso es voluntario. Pero no lo es directamente, porque no es considerado como una razón para la acción, es decir, no es el efecto malo la razón por la que el agente hace la elección que hace. En este sentido, debe decirse que el efecto malo no es querido o buscado por sí mismo, pero sí es deliberadamente aceptado.

126. Esta doctrina establece condiciones para su admisibilidad:

1° que el fin del agente sea honesto; 2° que la causa sea en sí misma buena o al menos indiferente; 3° que el efecto bueno se siga de la causa [al menos] con igual inmediatez que el malo; 4° que el efecto bueno al menos compense al malo”. A su vez, si se cumplen simultáneamente los dos requisitos siguientes: (i) que el efecto malo no se busque ni como fin ni como medio; y (ii) que exista una razón proporcionalmente grave para aceptarlo. En *Summa theologiae*, (II-11, q. 64, a. 7, c.) donde expone las razones para probar que no es ilícito a alguien matar a un hombre en defensa de sí mismo.

127. Dice allí santo Tomás que “nada impide que un solo acto produzca dos efectos (duos effectus), de los cuales solo uno sea intencional (sit in intentione) y el otro esté fuera de la intención (praeter intentionem). Tal cosa es precisamente lo que sucede en el caso de la defensa occisiva, pues “del acto de alguien que se defiende a sí mismo pueden seguirse dos efectos (duplex effectus): uno, la conservación de la propia vida; otro, la muerte del agresor”. Ahora bien, para que la defensa sea lícita es necesario que exista una debida proporción entre la acción y su fin, ya que “un acto que proviene de buena intención puede hacerse ilícito si no es proporcionado al fin (proportionatus fini). El agente debe estar más obligado a conseguir el primero que a evitar el segundo: Francisco de Vitoria, recoge la distinción entre matar per se (o ex intentione) y matar per accidens (o praeter intentionem) y recurre a ella, en su tratamiento del ius in bello, para justificar la aceptación de bajas civiles como efecto colateral de acciones bélicas.

128. Se da un debate sobre si existen bienes o derechos absolutos, John Finnis, dice que; una doctrina de esta naturaleza elimina por su base la posibilidad de que existan derechos humanos absolutos (como el derecho a no ser privado directamente de la vida como medio para ningún fin ulterior, y otros que constituyen la garantía de la dignidad de las personas), ya que, según ella, no hay formas de tratar a un ser humano respecto de las cuales se pueda decir que, cualesquiera que sean las consecuencias, nadie debe ser jamás tratado de esa forma.

129. El juicio de proporcionalidad o la ponderación no puede medir o comparar bienes de manera simple. Alguien puede defenderse matando a cinco agresores; y la madre puede someterse a la quimioterapia a pesar de que espere mellizos. Dos muertes no son peor ni mejor que una.

130. Así, en la sistematización común de estos autores se dice que la causa o razón excusante (i.e., el efecto bueno) debe ser tanto mayor cuanto: (i) más grave es el efecto malo; (ii) más próximo es el efecto malo; (iii) más seguro es que se seguirá el efecto malo; y (iv) mayor es la obligación de impedir el efecto malo.

Si el militar, sin otra razón, elige la bomba de mayor potencia, eso no puede ser sino señal de que intentaba la muerte de los civiles, a lo menos como fin secundario o suplementario de su acción. Por el contrario, la falta de proporción entre el efecto bueno y el efecto malo no implica necesariamente que el agente intente el efecto malo.

De lo glosado, sobre las tesis este autor, Alejandro Miranda, podemos concluir que; desde la decisión que un médico toma para recetar a un paciente un medicamento con efectos adversos, hace una valoración del bien que decide proteger, considerando en este caso que, el efecto adverso es menor o más soportable, frente al beneficio que se pretende lograr; de ello pasar a la valoración del excesivo sufrimiento, frente a una vida indigna, es cuestión de asumir cuál es el bien de menor valor y por tanto a sacrificar.

El principio del doble efecto y la eutanasia.

131. Se distingue la eutanasia voluntaria y el suicidio médicamente asistido, cuyo objeto es matar al enfermo para poner fin al sufrimiento; de la sedación terminal o los tratamientos paliativos del dolor que pueden acortar la expectativa de vida, pero que busca únicamente aliviar su dolor, aunque en ellas el agente prevea el efecto colateral muerte. John Finnis (14) dice que, existe una diferencia moral y jurídica fundamental.

132. En los casos *Rodríguez c. British Columbia* (1993) y *Vacco c. Quill* (1997), las Supremas Cortes de Canadá y de los Estados Unidos, respectivamente, apelan a la distinción entre

intención y efecto colateral para justificar el distinto tratamiento que da el Derecho a la eutanasia o al suicidio asistido, por una parte, y a los tratamientos paliativos que aceleran o pueden acelerar la muerte, por la otra.

133. Un debate adicional es la determinación de la intención, pues bajo esta doctrina, el juicio de proporcionalidad mide el efecto más que la intención.

El principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales es de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales. En el moderno derecho constitucional, el principio de proporcionalidad, tiene su antecedente, en esta doctrina del doble efecto.

Un ejemplo fue el caso de dos personas que cuestionaban la prohibición de drogas, alegando que era parte de su rito religioso; sobre lo que la suprema Corte de EE.UU. resolvió que si la intención de la prohibición, no estaba dirigida a afectar la religión, pero esta tenía un efecto colateral, no había afectación de la Primera enmienda que protege el derecho de culto.

134. En otro artículo (15) el mismo autor hace una más extensa explicación con aplicación del principio de dignidad humana, considerando que, si bien hay una faz prohibitiva de este principio, según la cual, existen derechos absolutos, que siempre estará prohibido afectar, empero existe una faz permisiva. Así, en el ejemplo del homicidio, esta teoría vendría a decir que se viola la dignidad humana en el homicidio del inocente y, es siempre injusto, si esa muerte es un efecto colateral previsto de lo que el agente elige.

135. Una posición que niegue tanto el consecuencialismo como la faz permisiva del PDE solo podría decir que el homicidio, como acto siempre prohibido, consiste en (a) realizar una acción positiva de la que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente, o en (b) optar por un curso de acción (acción positiva u omisión) del que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente.

Sin embargo, una norma absoluta que prohíba (b) debe descartarse, pues es imposible de cumplir. Así, un médico que solo puede salvar la vida de la madre con una acción de la que se sigue la muerte del feto, y viceversa, sería necesariamente culpable de homicidio, lo que es absurdo. Una prohibición absoluta de (a) no produce tal incoherencia, ya que siempre puede cumplirse mediante la omisión. Con todo, cabe objetar que la distinción acción/omisión solo implica diferencias en el orden de la causalidad física, por lo que no hay razones para sostener que un agente, obligado *prima facie* a evitar dos efectos colaterales malos, esté siempre más obligado a evitar el que resulta de su acción que el que resulta de su omisión, cuando la acción con la que impide uno es la causa del otro. Todo dependerá, aquí, de la razón proporcionada para actuar. En cambio, la distinción; intentado/colateral implica diferencias en la voluntariedad, que es de donde fluye la moralidad de los actos humanos, pues los actos se consideran humanos o morales en la medida en que son voluntarios. De ahí, pues, que sea esta la distinción moralmente relevante para fijar el alcance de una norma moral o jurídica absoluta como la que prohíbe el homicidio.

Considera además que un rigorismo absoluto limitaría inclusive los tratamientos paliativos, pues de esa acción puede preverse la muerte del inocente, incluso como efecto colateral

136. De lo expuesto, podemos decir que; en principio es válido tomar esta doctrina para analizar la licitud del suicidio asistido, en tanto, la prohibición absoluta anularía derechos como la dignidad, la autonomía y la libertad, los mismos que deben incluirse en la mensura de la proporcionalidad, considerando además que no existe, como ya hemos señalado derechos absolutos y que el derecho a la vida, igualmente tiene límites o situaciones de excepción, en la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, la guerra, la pena de muerte y aún en los casos del inocente, como la acción terapéutica de efectos nocivos, el aborto terapéutico o situaciones límite, como el ejemplo en el que un salvavidas debe escoger entre dos personas que se están ahogando, sabiendo que dejar por unos minutos el otro, significará su muerte, así; preservar la dignidad, la libertad del solicitante, evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal

o incurable, en determinados casos, puede significar también una excepción no punible.

Amicus Curiae. Proponen Cuidados paliativos.

137. Conforme resumimos en la parte expositiva, la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, propone que, en efecto, la muerte digna es un derecho, pero que, no debe confundirse la muerte digna con la eutanasia, pues a criterio de esta entidad, afecta el derecho fundamental, vida. Que, lo que en realidad es muerte digna, es aquella en la que no interviene un tercero, menos un médico en calidad de ejecutante, sino aquella en la que solo se procura evitar el sufrimiento de la persona en la última etapa de su vida.

138. Sobre este extremo debe tenerse presente que, acoger la propuesta de esta entidad, implicaría solo desestimar la demanda, pues la demandante ya cuenta con cuidados paliativos, con el Programa Clínica en tu casa de Essalud. Empero, debe considerarse que, siempre será una alternativa para la demandante. En efecto, la muerte digna. No es sinónimo de la eutanasia, pero, no puede considerarse que sea excluyente, conforme señalamos en otra parte, al señalar que no existen bienes jurídicos absolutos.

139. Otro elemento significativo del aporte de esta entidad es el debate ético de los médicos, tanto por el juramento hipocrático y el texto actual del Código de Ética y deontología del Colegio Médico del Perú, como por una eventual objeción de conciencia de algún médico y finalmente el debate jurídico, a cerca de la posible distorsión de la voluntad del solicitante, en relación a la enfermedad como condicionante. Respeto de la objeción de conciencia podemos decir, únicamente que, es una decisión respetable de toda persona, especialmente de un profesional, con base a sus criterios éticos, religiosos, ideológicos o de cualquier índole, por lo que, en caso de disponerse un cuerpo médico ejecutante, este no podría ser obligatorio.

140. En cuanto a la distorsión o condicionamiento de la voluntad de la persona enferma, en efecto, todo entorno o situación personal influye necesariamente en la persona, en menor o mayor grado. Una persona saludable, ten-

drá una perspectiva distinta de la eutanasia, pues probablemente no se pondrá en la situación de ser la persona pasiva del hecho y aun cuando racionalmente lo hiciera, no tendrá la carga subjetiva que tiene una persona con enfermedad terminal, del mismo modo que, una persona cuyo familiar está en situación de ser pasible de una decisión de ese tipo. Sin embargo, son condicionantes también la ideología, la religión, la cultura, entre otros elementos aparentemente externos que se internalizan tanto en la persona que determinan sus decisiones. De hecho, en el caso de Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, se observa una posición inspirada en sus ideas religiosas. Ello es legítimo. Todas las personas que profesamos una religión posiblemente tomemos decisiones bajo influencia de nuestras creencias. Sin embargo, las personas en general, tenemos que tomar decisiones de todo tipo y en todas las circunstancias, por lo que no puede discutirse la validez de un derecho ni la licitud de un acto, bajo la subjetividad de que las ideas externas o las circunstancias propias puedan condicionarlas. Presumir una suerte de incapacidad de hecho a todas las personas en esas situaciones, sí sería una afectación de sus derechos. En el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad. Así, una situación de distorsión debe probarse. Lo que sí puede hacerse es asegurar de que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el Caso de Ana Estrada, viene acompañando esta causa y en un último escrito ha adjuntado una Escritura Pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y en relación a su decisión de ser asistida en caso que lícitamente le sea permitido. Esa decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.

Enfermedad terminal e ideación suicida.

141. En relación al cuestionamiento de la distorsión de la voluntad en el momento de la enfermedad, es preciso no solo hacer un ejercicio lógico, sino analizar estudios existentes sobre la materia a fin de no caer en solo conjeturas. En efecto, para fundamentar estas cuestiones, si bien los fundamentos parecen muy atendibles, empero, no son respaldados con prueba o data alguna. Ciertamente, no es posible ponerse en

situaciones de laboratorio y muchas veces la propia información estadística puede presentar una faz que a primera vista respalda una posición o una tesis, sin embargo, el apoyarse en datos, resulta ser lo más cercano a una actuación probatoria, siendo que, tanto por las características del proceso de amparo, como por el tema en debate, no es posible hacer una actuación y debate probatorio en forma, respecto de cada uno de los elementos en cuestión y que otros temas son de puro derecho.

142. Así; no es posible, en esta causa, hacer un estudio, encuesta o actividad probatoria para determinar cuántas personas de una muestra pueden tomar una decisión en determinada situación de salud, respecto de la eutanasia asistida; nos permitimos tomar como referencia los estudios que sí existen sobre temas relacionados al suicidio en pacientes de enfermedades terminales, considerando este, como el escenario más cercano. Así, tenemos dos estudios, uno en Lambayeque y otro en Arequipa, sobre ideación suicida en pacientes terminales.

“Niveles de ideación suicida. Los pacientes con cáncer de mama en estadíos III y IV, obtuvieron nivel bajo de ideación suicida, evidenciándose en un 100%.

Niveles de ideación suicida según dimensión.

Con respecto a las dimensiones de ideación suicida: actitud hacia la vida/muerte, proyecto de intento suicida y desesperanza, se evidenció 99 % en el nivel bajo y 1% en el nivel medio. En lo referente a la dimensión de pensamientos/deseos suicidas, fue el nivel bajo el cual obtuvo 100%.

Apaza (2012) analizó la ideación suicida con la Escala de Beck en 95 pacientes con cáncer en estadías terminales que recibieron quimioterapia en el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas del Sur de Arequipa, evidenciándose que 29,47% de los pacientes presentan un nivel alto de ideación suicida. Asimismo, se encontró que las personas con edades comprendidas entre 30-60 años evidenciaron 25% de ideación suicida y los participantes entre los 65 y 80 años, 50% de ideación suicida; de los varones encuestados el 57, 14% presenta ideación suicida y las mujeres 42, 86%” (16).

143. Otro estudio muestra:

Nuestro estudio obtuvo una prevalencia de ideación suicida de 9.8%, lo cual guarda congruencia con lo publicado por Hernández y cols (33) quienes refieren que la ideación suicida en pacientes con cáncer varía entre el 1 al 20%. A sí mismo la prevalencia de depresión en nuestro estudio fue del 45.4% dato que es coherente con el estudio publicado por García (34) donde menciona que la prevalencia de depresión en pacientes con cáncer oscila entre 4 a 58% dependiendo del estadio clínico de la población y de los instrumentos utilizados (17).

144. Es preciso tener presente, las diferencias entre; depresión, ideación suicida, (pensamientos relacionados), intentos, (actos tendientes a eliminarse o autolesionarse), y suicidio propiamente dicho.

“En el Perú, se estima que el 25% de la población sufre de depresión, y que de estos un 15% es considerado como grupo de riesgo de suicidio; además, los motivos de la decisión suicida responden, en su mayoría, a conflictos de pareja y familiares (10-12). La tasa de suicidio ha aumentado de 0,9 en el año 2000 hasta 1,01 en el año 2009 por cada 100 000 habitantes (13,14), mostrando un crecimiento que podría seguir aumentando y que genera la necesidad de estudiar en profundidad sus factores asociados.” (18).

De una muestra de 405 personas con sintomatología depresiva, se encontró así que, el 56% no tenía conducta suicida, (ni ideación ni tentativas), un 23% sí tenía ideación suicida; un 10.1% había tenido una tentativa no grave y un 9.9% había tenido tentativas graves (19).

Así, si comparamos las estadísticas de la población general, respecto de muestras en personas con enfermedades terminales, encontramos que, los grupos con depresión, ideación suicida y tentativas son relativamente similares o pueden variar significativamente, dependiendo del grupo, sexo, edad, etc. Esto es que, antes de que una persona pueda tomar una decisión, debería hacersele un examen de su estado de salud mental y en su caso, disponerse un tratamiento, antes que pueda tomar una decisión, como la que se solicita en esta causa.

Ética médica.

145. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, establece:

Art. 72° El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse portal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona.

Art. 69° El médico debe rechazar toda solicitud u orden para actuar en contra de la dignidad, autonomía e integridad del paciente, sea que provenga de una persona natural o de una persona jurídica.

No son normas exactamente análogas al artículo 112 del Código Penal. Sin embargo, un médico que incurre en un acto contrario a las normas éticas, podría ser sancionado de acuerdo a su Estatuto. Asimismo, un médico por sus propios criterios éticos, podría negarse a participar de una petición como la de Ana Estrada, aun cuando lo ordenase un Juez e inclusive una ley dictada por el Congreso. Al respecto, deben considerarse dos elementos; a) No existe contravención de las citadas normas del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico, b) La participación de un Comité, como el que señala la demandante deberá tener una cláusula de reserva de identidad.

Respecto de las citadas normas debe considerarse, el extremo que se considera que contravendría es la frase: El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona. La Sociedad de cuidados paliativos considera que la asistencia en el suicidio, es una acción cuyo objeto directo es la muerte de la persona. La interpretación, sin embargo, debe tener presente el contexto legal externo, esto es que aún sin la norma ética; a) en la actualidad, ese acto es sancionado y debe entenderse que la norma ética se encuadra bajo ese contexto y b) aun con la inaplicación de la norma penal, podría decirse que no está salvada la norma ética, por lo que es preciso tener presente que, el otro extremo del contexto es que en esa norma ética, es evidente que está regulando la decisión

independiente del médico, vale decir, sin que el paciente se lo solicite lícitamente, o cuando el paciente lo solicita por una ideación suicida patológica; empero, si la petición, tiene un fundamento en otros bienes jurídicos que el médico no puede ignorar y que en determinada circunstancia, son de mayor valor que una vida disminuida y dolorosa que debe proteger, en cuyo caso la norma ética queda sin base lógica, pues no es lo mismo que un médico decida por sí y ante sí, aplicar la eutanasia, que, cumplir con la petición de un paciente, que lo hace lícitamente, en uso de una libertad no sancionada penalmente y en uso de derechos como su dignidad, su libertad y su autonomía. Esta es la principal razón por la que en esta resolución hemos sustentado ampliamente los criterios jurídicos, éticos y filosóficos del doble efecto y de los derechos fundamentales inmersos. En general, la eutanasia, es penalmente sancionable, éticamente inadmisibles, sin embargo, tanto penal como éticamente, es preciso hacer un análisis de proporcionalidad entre la acción solicitada y las circunstancias especiales de la persona enferma que generan una situación de no punibilidad. En adelante, haremos un análisis de los modelos de interpretación constitucional en los que se enmarca el criterio que se establece en esta resolución, los que incluyen normas de carácter ético.

146. Otro aspecto que debe ser evaluado es que, no hay un límite preciso entre el encarnizamiento y los cuidados paliativos. Ana Estrada ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día; sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. ¿Se puede calificar ello de cuidados paliativos o encarnizamiento progresivo? El médico así, tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos; el encarnizamiento y la eutanasia. Suprimir la respiración, finalmente podría significar una suerte de eutanasia con sufrimiento. Nuevamente, nos encontramos en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad.

Modelos de interpretación constitucional de la eutanasia y concretamente del suicidio asistido.

147. Tomamos como base la tipología elaborada por Fernando Rey Martínez (20), sobre este tema en el derecho comparado, y que propone cuatro modelos jurídicos, que los denomina; 1) de la eutanasia prohibida, b) de la eutanasia como derecho fundamental, c) de la eutanasia como libertad constitucional de configuración legislativa y de la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección jurídica de la vida.

148. La eutanasia prohibida, es aquel sistema legal en el que existe una norma específica que lo prohíbe, que podría ser de nivel constitucional o legal. De manera que dentro del propio modelo pueden darse variantes y hasta contradicciones.

Como podemos ver, en el caso peruano, está en este modelo con ciertas contradicciones, pues existen los artículos 112 y 113 que prohíben el denominado homicidio piadoso y la investigación y ayuda al suicidio, sin perjuicio del homicidio como figura típica general, en la que en algunas veces pueden subsumirse diferentes formas de eutanasia; lo que formalmente equivale a una prohibición de la eutanasia. Es preciso, sin embargo, señalar que la Constitución Política no lo prohíbe expresamente, puesto que podría darse el caso en el que, en algún país, esté expresamente señalado en este nivel normativo. También tenemos presente que, la Constitución de 1993 en su artículo 1. Inc. 2° establece el derecho a la vida, sin que ello implique que, por ejemplo, el suicidio (Su tentativa) o el duelo sean penalizados; asimismo, en doctrina se entiende como límites al derecho a la vida, el caso de la guerra, la legítima defensa, (Const. art. 2 inc. 23), la actuación conforme al deber de un policía y la pena de muerte, (Const. art. 140), y finalmente la no punibilidad del aborto terapéutico, señalado en el artículo 119 del Código Penal. Así, no es posible interpretar, directamente de la Constitución que, el derecho a la vida sea un derecho absoluto.

149. La eutanasia como derecho fundamental y su fórmula legal; como modelo opuesto al anterior, también recoge en sus constituciones y otras normas el derecho a la vida como un derecho fundamental; sin embargo, se establece una relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarro-

llo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y la valoración de la autonomía de la persona; derechos sobre los que se construye el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa, (por mano de un tercero). Este modelo es acusado de permisivo y excesivo, que podría permitir el uso abusivo del derecho reconocido y que es el mecanismo abierto para la denominada pendiente peligrosa, donde la vida humana pierde su valor y el Estado, prioriza razones económicas inclusive, antes que la vida humana, al establecer razones de costos de los tratamientos paliativos u operaciones que podrían prolongar la vida. Ciertamente, las acusaciones más graves, no han sido probadas fácticamente, pero está claro que, es el modelo opuesto a la prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido. Es importante tener presente que, en este modelo, existe una abundante y estricta legislación y presencia de la acción del Estado en su procedimiento y ejecución, así como un control judicial de los actos, tanto previos como posteriores al acto.

150. Como podemos ver, nuevamente, al caso peruano también puede leerse bajo este modelo, vale decir que, de acuerdo al artículo 1° de nuestra Constitución, la defensa de la persona humana y su dignidad, es el primero entre los derechos fundamentales, al ser el fin supremo del Estado. La lectura constitucional, en relación a la ubicación formal de este artículo de la Constitución, determina la importancia de la dignidad y al punto que precede al derecho a la vida, sin perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental; ubicado en un inciso del artículo 2°; de donde se puede colegir que, por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (La vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana. De ello, es que la demandante, precisamente interpreta que debe reconocerse como derecho fundamental, la muerte digna, lo que resulta defendible, empero, conforme señalamos antes, nuestro modelo tiene contradicciones, pues existe la norma penal prohibitiva.

La eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable.

151. No ha sido materia de comentario ni alegación en esta causa. Esta teoría, propuesta en España, (antes de la modificación legislativa), se expone que, en términos teóricos, la muerte digna no se desprende de forma directa de los derechos fundamentales. Cuestiona asimismo que la base del derecho a dar fin a la vida por decisión propia, tenga base en el concepto de dignidad. Señala asimismo que, la dignidad es un concepto muy lato, que es una cláusula muy difusa. Dice por el contrario que el suicidio, en general, es un acto de libertad, si bien no está protegido como derecho. El Poder Público como tal, no puede establecer limitaciones a este acto, en principio por razones prácticas, pues no es posible sancionar al fallecido, pero tampoco lo hace al que lo intentó sin éxito, principalmente porque no hay daños a bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, una prohibición de la eutanasia no es una restricción irrazonable ni arbitraria, porque perseguiría evitar riesgos de abuso y esto último sí es un interés público. Se considera así que, el derecho penal, en atención al interés público puede limitar esa libertad constitucional que permita justificar la penalización de la eutanasia activa directa, pero también despenalizarla bajo ciertas condiciones.

152. En este modelo sí habría diferencias de régimen jurídico relevantes entre la eutanasia activa (libertad constitucional legislativamente limitable) y la pasiva e indirecta (que formarían parte del derecho fundamental a la integridad del art. 15 CE).

A lo glosado, añadiremos que, en el caso peruano, existe como derecho del paciente, la posibilidad de rechazar el tratamiento, aun cuando eso lo conduzca a la muerte, de modo tal que, es parcialmente asimilable a esta figura la Eutanasia pasiva que consiste en la inhibición de actuar o en el abandono en el tratamiento iniciado, evitando intervenir en el proceso hacia la muerte y en su caso la eutanasia indirecta, cuando el paciente ha rechazado el tratamiento, pero se le aplican analgésicos que evitan el dolor, pero que eventualmente aceleran la muerte como efecto secundario.

La eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

153. Una interpretación que el citado autor propone y que tampoco ha sido debatido en este proceso, empero, siendo una doctrina expuesta en foros académicos, lo analizamos. Consideramos que estos fundamentos son aplicables, en este caso al suicidio asistido o su forma jurídica, muerte digna. Esta tipología, parte de la sospecha, antes que concebirla como derecho fundamental o libertad. El suicidio no es un derecho, es una libertad fáctica no prohibida. En cuanto a la eutanasia activa directa, considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso, en tanto implica la participación de un tercero que estaría jurídicamente obligado a poner fin a la vida de quien lo solicite bajo ciertas condiciones, por lo que se le consideraría un contenido prestacional administrado y controlado por un órgano del Estado, con controles externos, lo que la haría plenamente constitucional. Así, el Estado protege el bien vida e integridad personal, penalizando la acción, pero estableciendo la excepción bajo ciertos supuestos y condiciones en cuanto a los sujetos de hecho habilitantes y los procedimientos, para asegurar la protección constitucional de la vida, la libertad y el consentimiento.

154. Al igual que en los casos anteriores, observamos que, en el caso peruano, este modelo, es compatible con las normas constitucionales vigentes a excepción del artículo 112° del Código Penal que, no precisa excepción alguna. De lo expuesto en esta resolución, se tiene así que, es preciso tener en cuenta que; el derecho a la dignidad, determina al juzgador, al derecho y al Estado la máxima protección de la dignidad de las personas, del bien jurídico; vida, de la integridad física y psicológica de las personas y si se establecen límites al bien jurídico; vida, estos deben ser excepcionales. Es preciso señalar que, el citado autor señala que el suicidio no es un derecho, sino una libertad fáctica, con lo que concordamos, sin embargo, el suicidio se puede dar en cualquier situación, solo importa que la persona esté previamente con vida, empero, en el caso de la muerte digna, encontramos que se trata de una condición especial, de afectación de otros derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la autonomía, la libertad, entre otros, situación que es determinante para configurar el nacimiento de un derecho a tomar decisión, sobre el momento, situación o punto en el que la persona, considera que ya no le

es más posible soportar y, la sociedad, por intermedio de los profesionales médicos, está en condiciones de verificar un grado extremo de sufrimiento, con lo que es admisible que tome una decisión, dentro de esta excepción a la legalidad. Este derecho, siendo un derecho derivado de otros derechos, mencionados, si bien no llega a ser un derecho fundamental, es uno que permite abrir esta situación excepcional a la protección penal del derecho a la vida.

155. Habíamos ya señalado que, este bien jurídico tiene límites, que estos límites son excepcionales y claramente regulados; así, en el caso de guerra, el Perú está adscrita a varias normas convencionales sobre el derecho a la guerra, en el caso de la legítima defensa, el código penal, establece como límite el principio de proporcionalidad, en el caso de la pena de muerte, se tiene como excepción la traición a la patria en caso de guerra exterior, asimismo; son excepciones el uso de la fuerza letal por parte de los órganos del Estado, como la policía, en protección a la seguridad pública, cuya acción puede ser impune, (Un policía que da muerte a un delincuente en una situación de peligro, lo hace bajo el principio de la extensión del principio de legítima defensa), siempre bajo criterios de proporcionalidad, la figura del duelo a muerte, principalmente por desuso, las especiales situaciones del aborto terapéutico, que solo lo puede practicar personal médico, en circunstancias precisas, hecho que, igualmente no es un derecho, sino una excepción como la situación de no punibilidad de las aplicaciones médicas de doble efecto. Del mismo modo, la eutanasia activa directa, no puede ser un derecho fundamental, sino que solo algunas de sus excepcionales circunstancias puede ser no punible, estableciéndose debidamente la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación extrema, a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de su personalidad, como es el caso que nos ocupa.

Paternalismo.

156. Señalamos que, de acuerdo con nuestra Constitución Política, el fin supremo de la socie-

dad y del Estado, es la persona humana y el respeto de su dignidad; ello implica la obligación del Estado de proteger estos bienes jurídicos, siempre que no se afecten estos mismos bienes jurídicos, por lo que debe hacerse en libertad que, es otro de los bienes jurídicos esenciales. Sin embargo, las leyes en algunos casos han establecido que esta protección puede coaccionar al individuo, lo cual debe hacerse muy excepcionalmente. A ello se le ha llamado paternalismo. Dworkin hace una clasificación de este fenómeno político y jurídico de acuerdo a su grado (21) y, considerando su doctrina general, es claro que no se trata solo de una descripción, sino que toma posición por el mayor grado de libertad. Todas las sociedades realmente existentes, empero, han recurrido a algún grado de paternalismo para organizarse, creando diversos mecanismos como la seguridad social; normas de tránsito, como el casco del motociclista y el cinturón de seguridad de los pasajeros del automóvil, bajo sanciones diversas, desde medidas administrativas hasta la legislación penal, lo que implica un grado de intervención en la libertad del individuo. En el caso de la protección de la vida, se establecen las penas más severas, considerando el bien de mayor importancia, sin embargo, se han despenalizado algunas figuras como el Duelo, principalmente por desuso; pero en el caso del homicidio piadoso, más bien se ha establecido como figura típica, a partir de 1991 en que se promulga el actual código, cuando el de 1924, solo se sancionaba, en caso de móvil egoísta. Al respecto debemos señalar que; conforme al análisis, visto líneas atrás, la casi inexistente casuística de este tipo penal, hemos considerado varias posibilidades; entre ellas la del desuso, que las causas concluyan en etapas preliminares, (Principio de oportunidad), Etc., pero, aún en el caso de la clandestinidad o criptanásia, es menester una nueva regulación; la norma, hasta donde y como la tenemos, resulta entonces, pura e ineficazmente paternalista. Ante esta situación podremos decir que, puede subsistir el paternalismo cuando, por ejemplo, el ejercicio de la autonomía o la libertad no son comprobables.

157. Nos explicamos; el Estado, sin ser su titular, está en la obligación de proteger el bien jurídico, vida, aún en contra de la voluntad de su titular si este está afectado precisamente en su voluntad, como en el caso de las personas con

enfermedades mentales donde, lo que se requiere es tratamiento médico. Hemos señalado que, es un derecho fundamental el libre ejercicio de su capacidad de parte de las personas con discapacidad, sin embargo, está claro que, como dice Atienza; ello debe hacerse; “en la medida de lo posible” (22), considerando que debe respetarse y promocionarse su voluntad, empero, tanto la figura de los apoyos, como de los casos de protección en crisis, debe hacerse una conjugación fina, entre la voluntad de su titular y la protección; rol que debe ejercer la sociedad y el Estado. Por ello, está claro que la discapacidad, por sí misma, ni es causal de eutanasia, ni de protección de un derecho a muerte digna, por lo que el Estado, debe cumplir su rol paternalista, también “en la medida de lo posible”. De hecho, existen otras situaciones más, en las que el paternalismo debe subsistir; sin embargo, en situaciones donde la libertad y la razón de la persona no está afectada, esta debe ser respetada, precisamente porque es el uso de su libertad y autonomía. Es preciso señalar que, hay en nuestra legislación, otros casos de libertad fáctica o no penalización como, el suicidio o el duelo, figuras no son punibles por razones diferentes al caso del suicidio asistido o muerte digna que tiene características, razones y fines distintos.

158. Sobre la acepción del término de dignidad en relación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Manuel Atienza dice:

“...las cosas que no pueden ser objeto de apropiación, porque, por esencia, son cosas de nadie: las cosas sagradas, religiosas o santas, como las murallas y las puertas de la ciudad. Y así, la idea de que la persona es un fin en sí mismo — que tiene dignidad— significa que no puede pertenecer a nadie; ni siquiera, digamos, a su portador...” (23).

159. El respeto, protección y promoción del derecho a la vida, en nuestra sociedad es necesaria. Nuestra historia jurídica, política y social es más bien una tradición de poco respeto. En nuestro pasado político reciente, hemos tenido una guerra interna y fratricida, donde la violencia de organizaciones terroristas no respetó este derecho fundamental, ni aun los derechos de la guerra y, del otro lado, generó una respues-

ta del Estado, también violenta y de poco respeto a la vida. Sabemos además que, este último fenómeno político, tuvo bases en una historia de violencia, desde tiempos coloniales y que, lamentablemente no ha acabado. No se trata de una violencia ejercida solo, por organismos políticos, sino que está inmersa en la sociedad misma. Según cifras del Banco Mundial (24), en el Perú se tiene una tasa de 8,2 homicidios intencionales por cada 100,000 habitantes, (2017), frente a 0,8 por cada 100,000 habitantes en los Países Bajos, en el mismo año, (Diez a uno de diferencia proporcional, en un lugar donde la eutanasia tiene la legislación más liberal). El INEI25 en el 2018, registró 2,452, de ellos 150, se consideraron feminicidios. Por ello es necesario una vigilancia extrema del derecho a la vida pues, pueden ser causa de abuso, por lo que, en democracia, debe regularse y garantizarse el uso y despenalización de toda figura que se despenalice o autorice, con los mecanismos y protocolos que sean necesarios, esto es, con los límites que el derecho penal debe imponer. Es, bajo estos criterios que, el suicidio asistido, debe considerarse como una libertad constitucional legislativamente limitable, posición distinta a la posición de la demandante que solicita se considere como un Derecho Fundamental; sobre lo que manifestamos una posición, es decir que como todas las libertades, es un derecho, pero siendo limitable, (contrario a ser promocionable) y derivado, no llega a ser un derecho fundamental.

¿Criptotanasia?

160. Se conoce así, a la realización encubierta o clandestina de prácticas de eutanasia, tanto a petición de los pacientes como sin ella. A efectos de esta resolución, no existiendo un registro formal ni confiable; se ha buscado jurisprudencia o casuística de aplicación del artículo 112 del Código Penal Peruano, primero en libros de la especialidad penal, donde puede ubicarse abundante casuística por cada uno de los artículos del citado código; se ha utilizado buscadores habituales de la internet y el Sistema informático del Poder Judicial y finalmente se ha consultado a algunos Magistrados del área penal, Jueces y Fiscales, sobre casos en esta materia, todo lo cual nos ha sido infructuoso. No se duda que existan casos poco comunes o bibliografía muy especializada que la contenga; sin

embargo, es preciso señalar que no es común, no es abundante, que nos permita hacer un análisis de casos concretos para analizar las posibilidades fuera de lo estrictamente doctrinario y teórico, pues pese a que muchos juristas han tratado el tema, (aquí citados varios), y en numerosas tesis sobre despenalización que hemos encontrado, sin embargo, ninguno de los que hemos tenido acceso, adjunta un caso en concreto. De lo que podemos colegir varias posibilidades: a) Nunca o casi nunca se ha cometido este delito desde 1991, fecha de promulgación del Código Penal vigente, ni por particulares ni personal médico, lo cual debe considerarse muy extraño, (Delito huérfano), b) Los casos que hayan ocurrido han sido concluidos en el estadio procesal del Principio de Oportunidad, situación más posible, si no está la presunta víctima para que reclame, los familiares podrían optar por un arreglo económico y la pena conminada lo permite y c) Los casos han sido tramitados bajo otros tipos penales, como el homicidio simple, posibilidad más plausible, en tanto es difícil probar la petición expresa. Precisamente, en esta situación, nos ha sido facilitado un único caso. (R.N N° 2507-2015 Lima, de la Sala Penal Permanente. 10 de enero de 2017).

“3.1.2. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que la pena determinada por el Colegio Superior es acorde a derecho, en el presente caso, por las siguientes consideraciones. Es indudable que la muerte provocada por el hijo de la occisa no fue un acto abyecto, cruel o motivado por un móvil pueril, despreciable o fútil. En el contexto, en el que se produjo la muerte debe asumirse que el sentenciado fue llevado por una actitud desesperada. El sentenciado es una persona de responsabilidad restringida, no tiene antecedentes penales, nunca mostró actitudes contrarias a la observancia de la norma. Está probado que su madre le pidió expresamente que le pusiese fin a su vida. Ciertamente, esta Suprema Corte no está reconduciendo el tipo penal de homicidio piadoso, pero puede soslayar que en pureza, había un pedido constante y apremiante de parte de la víctima...” (26).

161. El caso, se habría tramitado bajo la tipificación del artículo 107 del Código Penal, (Parricidio), cuya pena máxima es de quince años, empero, considerando la edad del sentenciado, (18 años), y las circunstancias especiales,

contempladas en el caso, pues la madre sufría de una enfermedad en estado terminal, estaba probado que reiteradamente había pedido a su propio hijo, que pusiese fin a su vida. El sentenciado no tenía antecedentes penales, ni se observaba un móvil distinto; la Corte Suprema, sin realizar una reconducción del tipo penal, es decir cambiar el tipo penal, como tampoco lo habían hecho las instancias previas; decide ratificar la pena dictada por debajo del mínimo y, además, una pena suspendida.

162. Así, esta judicatura considera que, existe la posibilidad de una situación de hecho en la que se ejecuta la Eutanasia o el suicidio asistido, no contabilizada o subrepticia, criptanasia o criptotanasia, pues casi todos los tipos penales de nuestro Código tienen abundante casuística que citar y personas que han sido penadas por estos delitos, sin embargo, resulta extraño que en este tipo penal no encontremos suficiente casuística que analizar, pues diferentes ejemplos habrían permitido ilustrar en qué casos, es razonable la inaplicación, por su inconstitucionalidad y en qué casos, debiera estar protegido por el derecho penal.

Pendiente resbaladiza.

163. La idea de considerar la muerte digna como un derecho, (aunque no fuere un derecho fundamental), y aunque lo sea en casos absolutamente limitados, podría ser pasible de una crítica frecuente que considera que se incrementa la probabilidad de que también sea establecida como derecho o legalizada en otros casos más dudosos, al punto de establecerse sistemas de abuso como el de la Alemania Nazi o tan extensos como el de Holanda, donde supuestamente existiría ya un abuso. En el citado libro de Dworkin, ya había expuestos sus puntos de vista sobre este tema; señalando que precisamente una adecuada regulación evitaría caer en los extremos, que definir reglas dejando claro los casos para el futuro, lo que es preferible que abandonar a las personas que ahora lo requieren, a quienes además se les hace más daño al no aplicar la eutanasia, que asimismo, en los casos de pacientes que no hubieran expresado su deseo sobre este tema, deben pasar por un examen probatorio muy severo, entre otras razones. A lo glosado, consideramos adecuado añadir que, en el presente caso, no se está debatiendo la eu-

tanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es realmente sustancial en tanto, en la eutanasia pura, no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que, en la muerte asistida o muerte digna, implica necesariamente la voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad.

De otro lado, hemos señalado en el caso peruano que, el número de casos judiciales de aplicación del artículo 112 del Código Penal es casi de cero, lo que evidenciaría, bien una situación de criptanasia o bien que la norma es innecesaria por desuso. En cualquiera de los casos, requiere un pronunciamiento jurídico o una nueva legislación.

Test de proporcionalidad.

164. El Tribunal Constitucional, ha señalado que, para evaluar la constitucionalidad de una norma o acto basado en norma, es necesario hacer un análisis, teniendo como instrumento el test de proporcionalidad, que tiene como base el principio del mismo nombre. Este principio, surge en el derecho penal a partir de la prohibición del exceso y como un criterio de limitación del exceso de poder y arbitrariedad de las autoridades y policía. Como derecho fundamental, se inicia también en la ley antes que en la constitución. El supremo intérprete, sobre el particular dice en la Resolución N° 050-2004-AI/TC:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran, estos son; el principio de idoneidad o adecuación; por el que debe considerarse que, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo: La idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad signifi-

ca que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental. Por último, el principio de proporcionalidad stricto sensu; por el que se entiende que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”.

165. Con lo señalado en esta resolución, respecto de la opinión de diversos juristas sobre el tipo penal de Homicidio Culposo, introducido en el Código Penal de 1991 y considerando que el Código Penal de 1924 solo castigaba la ayuda al suicidio cuando el móvil era egoísta, tenemos que, la mayoría de los tratadistas dicen que; es inconstitucional porque afecta el derecho a la dignidad de la persona que lo solicita, en tanto, el sufrimiento extremo destruye fácticamente la libertad, la autonomía y el derecho de dignidad de la persona, principalmente en su faz de no ser tratado con crueldad ni humillación. Veamos así.

166. Idoneidad. Este sub principio, exige que la restricción o medida tomada sea la más idónea para lograr el fin perseguido. El bien jurídico protegido en este delito es la vida humana, de acuerdo a su ubicación en la estructura de nuestro código Penal, junto con los otros delitos de homicidio. Los juristas citados dicen que se debió tomar en cuenta que, si bien este bien jurídico es de capital importancia en nuestro sistema jurídico, desde la Constitución, debió ponderarse que la dignidad estaba también en ese nivel y analizando su ubicación, la dignidad está antes que el bien jurídico, vida.

167. Si bien no es posible hacer una analogía simple, como en el caso de otros bienes, como el caso de la propiedad, donde si se le sustrae a su titular, en contra de su voluntad; es delito,

(Robo, apropiación, hurto), si la transferencia se hace con la anuencia del titular, es un contrato, (Venta, donación, etc), o la libertad sexual, si es contra la voluntad de su titular es delito, (Violación), y con su anuencia deja de serlo; sin embargo la solicitud del bien jurídico vida, debe ser analizado con un criterio de proporcionalidad, puesto que no toda petición de ayuda al suicidio puede ser razonable, ni toda ayuda a esa petición puede ser impune; especialmente si el móvil, como lo sancionaba el código de 1924, es un móvil egoísta y considerando que el Estado debe proteger muchos bienes jurídicos, aún en contra de la voluntad de su titular, entre ellos la vida y la propia dignidad. En este punto, reiteramos /y concordamos), lo señalado por Manuel Atienza, en el sentido de que, algunos bienes jurídicos, como la propia dignidad, la libertad, la vida humana y demás derechos fundamentales, si bien tienen un portador o titular, esa titularidad no es exclusiva. No es como un bien mueble o inmueble, sobre el que su titular puede disponer e inclusive destruir o donar si así lo desea. Estos son bienes de todos y el Estado tiene obligación de protegerlos, lo cual no quiere decir que sea el Estado su titular, pero en tanto representa a la sociedad, es preciso que respete, proteja y promueva por su esencialidad. Así, es nulo el contrato, (por el interés público), que disponga de la dignidad de la persona aun cuando lo firme su titular, del mismo modo, el que disponga de su libertad, (esclavitud), o disponga la vida. De este modo, la intervención de su propio titular, como del Estado, en cada uno de estos bienes, solo puede ser limitable de manera excepcional, pero también el paternalismo ejercido con base a esa obligación, no puede llegar a extremos donde afecte de manera desproporcionada los derechos de la misma persona que protege. El Estado protege la libertad de las personas, pero somete a cárcel a quien afecte derechos ajenos, protege la vida de las personas, pero no podría tener desprecio del dolor extremo del portador de esa vida, al punto de impedirle acabar su dolor, acabando su vida.

168. Hemos observado en otra parte de esta resolución que, es muy escasa en nuestra jurisprudencia la casuística de este delito, de donde señalábamos que podrían surgir varias hipótesis; la primera que nunca o casi nunca se comete este delito, lo que significaría que el tipo penal es innecesario, pues no tiene sentido sancionar

algo que no ocurre; otra hipótesis es que el tipo penal sea suficientemente disuasivo, lo cual es poco probable, pues en delitos cuyas penas son mucho mayores, la disuasión es irrelevante si existen incentivos contrarios. La tercera hipótesis es que existiría un número de delitos que no generan jurisprudencia formal, porque concluyen en las etapas básicas del proceso, como el principio de oportunidad, hipótesis que es más factible en tanto, la familia podría acceder fácilmente a un acuerdo de reparación civil y que la pena señalada para el delito lo permite, pero ello aparentemente es también poco frecuente, (Se corrobora de averiguaciones realizadas por el suscrito), finalmente, es más probable que exista un número no contabilizado de este delito, conocido como criptanasia o criptotanasia, que queda dentro de la familia o en las instalaciones de hospitales, lo cual podría ser más bien peligroso, pues no es posible probar si realmente existe una petición de la persona enferma o el pedido se da en situaciones en las que podría estar afectada la voluntad o la expresión de voluntad.

169. De lo expuesto podemos concluir que; a) La tipificación, técnicamente y principistamente, no es idónea, en tanto existe contradicción con otros derechos fundamentales; asimismo, la codificación precedente solo sancionaba esta figura cuando el móvil era egoísta, lo que contradice la tendencia despenalizadora en la jurisprudencia internacional, sin que hubiera una motivación fáctica, (muchos casos o delitos) o teórica que, sostenga la medida; considerando que, al sancionar se ha sacrificado otros bienes jurídicos, (dignidad, autonomía), para proteger el bien jurídico vida, frente a la solicitud de su titular que se encuentra en una situación de salud extrema y dolorosa; consideraciones que permiten señalar que esta intervención no es del todo idónea.

170. Es preciso añadir además que, en cuanto a la idoneidad, el tipo penal es por demás impreciso; así, pone como sujeto pasivo a la persona al enfermo incurable, categoría discutible pues son incurables numerosas enfermedades no necesariamente mortales, (Hipertensión, diabetes, etc) que, asimismo, es una contradicción considerar sujeto pasivo a quien realiza una actividad, esto es, realizar la petición expresa y consciente, lo que lo convierte en su-

jeto activo/pasivo. Aun cuando el verbo rector del delito es matar, en la petición expresa, está implícito el acto suicida, que es matarse a sí mismo.

171. Necesidad. Este sub principio de necesidad, exige examinar si existe algún medio alternativo disponible que permita alcanzar la misma finalidad, en la misma medida, pero con una restricción menor para el derecho afectado. Nuevamente considerando el bien jurídico, vida, debe pensarse que el Estado tiene varias formas de intervención además de la legislación penal, esto es, en qué otra vía puede ser más razonable o menos perjudicial, su regulación, como ocurre en otros países, donde al suicidio asistido es legal, siempre que su ejecución se haga bajo mecanismos y garantías del propio Estado.

172. El Estado, en efecto tiene la obligación de proteger la vida de la persona, incluso contra la voluntad de su titular. Así, en el caso de las personas con depresión, que presentan riesgo suicida, debe acudirles con tratamientos preventivos, con un sistema de soporte y no es posible admitirse una petición de ellas.

173. Además de la despenalización de esta acción, encontramos que existen alternativas a la penalización, por medios no necesariamente disuasivos o de castigo; tales como un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor, que aunada a la cultura social de respeto a la vida y temor de Dios, puede hacer que, muchos enfermos, inclusive en situación de solicitarlo, pueden estar dispuestos a soportar su agonía; de este modo, en caso de una despenalización legal, debería legislarse necesariamente junto con una normatividad que promueva el tratamiento paliativo, otra alternativa podría ser, una mayor limitación del tipo penal, esto es que solo se sancione el hecho ocurrido fuera del servicio de sanidad, es decir que esté prohibido hacerlo por cualquier persona a menos que sea un médico dentro de un establecimiento autorizado y con un protocolo adecuado.

174. De lo expuesto así, podemos decir que la sanción penal, además de ser poco eficiente, como señaláramos líneas atrás, existen alternativas a la ley penal para proteger la vida de la persona enferma aún en contra de su volun-

tad, (que debe darse en los casos de enfermedad mental, por ejemplo), antes que una medida extrema de sacrificio de otros bienes jurídicos igual o más importantes que la propia vida, dentro de nuestro sistema de derechos fundamentales.

175. Proporcionalidad en sentido estricto. Este último sub principio exige analizar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso.

176. La demanda ha fundamentado sus pretensiones en la afectación del derecho a la dignidad, primerísimo de los derechos considerados en nuestra constitución y en nuestro sistema jurídico en general, así como normas internacionales como la Carta Americana de Derechos Humanos en su artículo 11°, la Carta de la Organización de Naciones Unidas en su Preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos el Hombre de 1948, entre muchas otras. Se han fundamentado asimismo derechos relacionados con la libertad o el libre desarrollo de la persona humana y la autonomía; frente a ello, el Código Penal tiene como bien jurídico protegido en el artículo 112° a la Vida de la persona humana, aún contra la voluntad de su titular.

177. La demandante sostiene así que, a partir los derechos enunciados, se puede construir la muerte digna, como un derecho con la categoría de derecho fundamental, exponiendo que, una vida biológica, sostenida más allá, no solo de la voluntad de su titular, sino de lo que humanamente es sostenida, como un goce, sino más bien con dolor, con tratos humillantes y crueles, a partir de una enfermedad incurable, discapacitante, degenerativa, progresiva e irreversible, es una vida en al que la dignidad, como derecho ha sido afectada, surgiendo con ello, la necesidad de hacer uso de su derecho a la autonomía y del libre desarrollo de la persona, para poner fin a ese sufrimiento, como un acto de control de su propia vida; lo que se configura como una muerte digna, por lo que solicita la declaración judicial de este derecho.

178. Bajo ese fundamento, expone que su especial situación no le permitiría, además hacer

uso de su derecho por sí misma, esto es que no le sería posible poner fin a su vida, (mediante el suicidio), pues la enfermedad la ha postrado en una situación de dependencia que siendo progresiva, hará que se haga más dependiente todavía, al punto que necesitaría de la asistencia de un tercero, para ese acto final; empero, lo requerido está penado en nuestro sistema penal, lo que podría ser suficientemente disuasivo para no poder acceder a esa ayuda, además que, ella misma no quisiera que nadie resulte afectado en sus derechos, con la comisión de un delito; por lo que solicita la inaplicación del delito, a efectos de acceder a esa ayuda, cuando así lo considere, pues ello también sería parte de su derecho.

179. En el desarrollo de esta sentencia, hemos, tomado posición respecto de estos fundamentos y concretamente, respecto de la muerte digna. Sostenemos así que, en efecto, la dignidad es un derecho fundamental de primerísimo orden, reconocido también en casi todos los sistemas jurídicos del mundo y que, puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad, es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho; sin embargo, no es posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica. Asimismo, consideramos que la dignidad, como derecho, se ha tomado principalmente desde la óptica de la razón, sin embargo, este derecho, es tan inherente al ser humano que son tan dignos aquellos que poseen la razón, como aquellos que la han visto afectada, por alguna discapacidad; fundamento que es recogido por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad; no sin reconocer que la razón, es la medida o referencia del uso del derecho a la dignidad, la autonomía, la libertad y muchos otros derechos, pues solo en el momento que se es consciente de todo ello, puede el ser humano hacer uso total y efectivo de estos derechos, pero que debe promoverse el uso y defensa de la autonomía, también de las personas con discapacidad. Precisamos que, en el caso de Ana Estrada, debe considerarse su dignidad y su derecho, más allá del uso que pueda tener de ella, esto es que, se-

guirá siendo digna para todo efecto en nuestra sociedad y el Estado, más allá de su discapacidad y aún de la eventual pérdida de su raciocinio. Pero, en la medida que, su razón, es el referente o medida de sus derechos, debe reconocerse también su autonomía y su autopercepción de su dignidad, pues la dignidad, si bien es inherente a la persona; desde el derecho y desde el respeto de la sociedad; es también un bien que debe ser percibido por la propia persona que, debe ser dirigido por ella misma para que realmente exista. Así, la discapacidad y el sufrimiento por causa de la enfermedad y la discapacidad puede afectar el derecho a la dignidad, pero solo en su faz de la autopercepción, más no en la faz externa; por consiguiente; debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica. El Estado, en el caso del suicidio, si bien tiene el deber de protección del bien jurídico; vida, aun en contra de la voluntad de su titular, sin embargo, no puede perseguir a su propio titular, en caso afecte su propia vida, por una cuestión puramente práctica, si logró su cometido, de morir; pero tampoco lo hace, ante el intento fallido de suicidarse; no solo por una cuestión de política criminal, sino porque debe respetar en ese extremo la autonomía de la persona humana y porque no hay afectación directa de bienes de terceros. En el caso de la muerte asistida, existiendo una causal distinta al suicidio puro, que es el principio de solidaridad con el dolor ajeno en casos extremos, como el que nos ocupa, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional.

180. Así, esta judicatura ha considerado que, existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica. La muerte digna, es un derecho, es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado como lo ha expuesto por la propia demandante y como lo entiende esta judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran

parte de los casos, el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

181. Así, bajo el análisis del sub principio de proporcionalidad *strictu sensu*, la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser protegido y promovido por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero no podría ser promovida, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. El derecho a la dignidad, debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que devendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiaria de esta demanda, doña Ana Estrada Ugarte, situación que permitiría, considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del artículo 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado, el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse, siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución.

182. Así, se tiene que el sujeto activo del delito de homicidio piadoso, regulado en el artículo 112° del Código Penal, es cualquier persona que mata a una persona, teniendo como móvil la compasión o piedad, de quien se lo solicita.

Es preciso, empero, desagregar al sujeto activo, pues no es lo mismo que lo haga un familiar, que un tercero ajeno, un médico, ni que se haga en un contexto de eutanasia pura y menos de muerte digna. En el caso del médico que actúa en un contexto de ilegalidad, podría considerarse que la afectación es mayor, en tanto es garante de la salud y vida del sujeto activo/pasivo; el familiar podría tener intereses en conflicto y el tercero ajeno podría tener motivaciones distintas a la compasión.

183. Así, debe considerarse que, el acto realizado por cualquier persona, es ilegal, en tanto no garantiza la autenticidad y firmeza del pedido de la víctima, no se garantiza que exista un abuso, ni que se ejecute con un procedimiento no doloroso. De este modo, si el acto es ejecutado por cualquier persona la norma, aun cuando pudiera afectar el derecho de la persona enferma, podría seguir siendo constitucional, pues garantiza que no se abuse ni que exista un móvil egoísta.

184. Por el contrario; si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice, la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo, debe considerarse que se acredita el derecho de este. Asimismo, si quien ejecuta actúa se ejecuta lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además un profesional médico o un equipo médico, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de muerte digna, de manera que no sea dolorosa, (o que sea lo menos dolorosa y menos prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicológicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia. En este último caso y solo en este caso, podría considerarse que la muerte digna es constitucional y por tanto, es procedente y fundada la inaplicación de la norma penal.

Pretensiones subordinadas.

185. La demandante ha solicitado en el punto "C" de sus pretensiones que, se ordene al MINSA y EsSalud, respetar su decisión de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), de un fármaco destinado poner fin

a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin. En consecuencia se disponga a EsSalud, conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes de consentida la resolución judicial, para:

a) La elaboración de un plan que se aplicará en la fecha que la Señora Ana Estrada decida el cumplimiento de su muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; lo que implica el tipo de procedimiento, el proceso de acompañamiento a la paciente y a su familia, antes y después del acto final, b) Un protocolo de ejecución del procedimiento de ejecución propiamente dicho que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia, c) Brindar condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del mismo acto.

Este plan y protocolo, deberá ser aprobado por otra Comisión Interdisciplinaria del MINSA.

Respecto de estos puntos, habiéndose considerado que el procedimiento de Muerte digna, es un derecho; genera una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida y que el artículo 112 del Código Penal, en efecto, afecta derechos fundamentales, tal como está fundamentado; en consecuencia, es razonable que se estime la pretensión. Asimismo, se tiene presente que EsSalud es la institución que está obligada a otorgar el servicio prestacional de salud a la asegurada Ana Estrada Ugarte, cumple con los requisitos de institucionalidad necesarios para excluir la posibilidad de un móvil egoísta y puede conformar médicos que cumplan tal finalidad. Asimismo, debe considerarse que, si bien la institución puede designar médicos para actos médicos comunes, siendo este uno de carácter especial, es preciso que la aceptación del médico o médicos, no tenga el carácter obligatorio, que los nombres de los mismos sean reservados, tanto de quienes lo acepten como de quienes lo rechacen, salvo que los propios médicos que decidan aceptar lo autoricen.

Asimismo, se tiene claro que, el Ministerio de Salud es el órgano estatal que tiene a su cargo

la protección de la salud y la vida de los ciudadanos, así como de las políticas generales; por esta razón, es la instancia que dirige, aprueba o elabora directivas, políticas y planes sectoriales y específicos; como así lo ha señalado la Procuraduría, por lo que es esta la institución que debe aprobar el plan y protocolo de cumplimiento de los derechos de la ciudadana Ana Estrada Ugarte. La Procuraduría ha señalado, sin embargo que, no existiendo una ley que señale la legalidad del procedimiento de eutanasia, no podría elaborar planes, directivas u otros documentos; empero, esta judicatura ha sustentado que, de acuerdo a la interpretación de la Constitución y demás derechos fundamentales invocados, existe la necesidad de inaplicación excepcional del artículo 112° del Código Penal, para que no se afecten derechos fundamentales de la ciudadana y se cumpla con su derecho en particular y, que existe el derecho de la misma a que pueda ejercer este acto en uso de su autonomía; en consecuencia, tanto el Ministerio de Salud, como EsSalud, están obligadas a cumplir con sus propios fines y con el derecho de los ciudadanos y sus pacientes, siendo que es elemento central del derecho a la dignidad, el no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, aspecto que ha sido acogido en esta sentencia, para interpretar la existencia tanto del derecho de la ciudadana, como la necesidad de su cumplimiento por medio de sus instituciones.

Por estos fundamentos, el 11° Juzgado Constitucional de Lima, con sub especialidad en asuntos tributarios, aduaneros e Indecopi; con las facultades conferidas en la Constitución Política del Perú, resuelve: Declarar fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de doña Ana Estrada Ugarte, contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En consecuencia, consentida que sea la sentencia; se dispone que: 1. Se inaplique el artículo 112° del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte; por lo que los sujetos activos, no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que

lo especifique; en tanto ella, no puede hacerlo por sí misma. 2. Se ordene al Ministerio de Salud y a EsSalud, a) respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) Ambas instituciones independientemente, deberán conformar sendas Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 07 días; precisándose que; EsSalud deberá formar dos Comisiones, siendo que la primera tendrá la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna y otra Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud formará una Comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la Comisión de EsSalud. 3. EsSalud deberá brindar todas las condiciones administrativas, prestaciones y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. 4. La Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, deberá presentar con su informe, en el plazo de 30 días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación, en el plazo de 15 días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de 15 días y cumplido que sea el plazo, volverá a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En caso de no satisfacer el segundo informe, solo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobala ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud, deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento. 5. Se declara improcedente, la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situacio-

nes similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos. 6. Notífique-se. — *Jorge Luis Ramírez Niño de Guzmán*.

(1) Art. VIII del título preliminar.

(2) Benavides, Patricio Martínez. Derecho constitucional. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, ps. 113/147 [2012]. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006>

(3) Kelsen Hnas. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1982. Pág. 259.

(4) Castillo-Córdova, Luis. Normas Autoaplicativas, Alternatividad y Amparo Contra Amparo en el Código Procesal Constitucional. *Pirhua. Revista Jurídica del Perú*, (59), 33-45.

(5) El suscrito emitió el 2014, una Sentencia en el Exp. 25158 2013-0-1801-JR-CI-02, haciendo el primer caso peruano de control de convencionalidad de la Convención de los Derechos de la Persona con discapacidad sobre el Código Civil, (ahora modificado), reconociendo el derecho a no ser sujeto de interdicción y el reconocimiento de su capacidad y dignidad.

(6) Carlos Fernández Sessarego. *El Derecho y la Libertad como proyecto*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375>.

(7) "...pienso, luego soy; esta es la verdad absoluta de la conciencia captándose a sí misma. Toda teoría que toma al hombre fuera de ese momento en que se capta a sí mismo es ante todo una teoría que suprime la verdad, pues, fuera de este cogito cartesiano, todos los objetos son solamente probables, y una doctrina de probabilidades que no está suspendida de una verdad se hunde en la nada; para definir lo probable hay que poseer lo verdadero. Luego para que haya una verdad cualquiera se necesita una verdad absoluta; y esta es simple, fácil de alcanzar, está a la mano de todo el mundo; consiste en captarse sin intermediario. En segundo lugar, esta teoría es la única que da una dignidad al hombre, la única que no lo convierte en un

objeto". Jean Paul Sartre. *El existencialismo es un humanismo*.

(8) Atienza, Manuel. Un Comentario sobre el concepto de dignidad. En: *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos sobre la obra de Rodolfo Vázquez T. I*, Inst. de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica N° 806. México 2017.

(9) En la acepción jurídica de sentimiento de compasión misericordia que produce alguien que sufre o padece, distinta a la acepción religiosa de obediencia de los mandamientos.

(10) Villa Stein, Javier. *Derecho penal Parte Especial I*, ps. 125/136. Ed. San Marcos, Primera edición Lima 1997.

(11) Reyna Alfaro, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. *Bol. Mex. Der. Comp.* [online]. 2009, vol. 42, n. 124 [citado 2021-02-16], pp.235-251. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873.

(12) Roxin Claus. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El Criminalista Digital*. Núm. 01 | Núm. 02 | Núm. 03 | Núm. 04 | Criminet | <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=210835>.

(13) Miranda Montesinos, Alejandro. *Filosofía del derecho. El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico*. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 3, ps. 485/519 [2008].

(14) (Finnis J. *Intention and Side Effects*. En: Frey R, Morris C, editores, *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991; 32-64. (cita del autor Miranda Montesinos).

(15) Alejandro Miranda Ma. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. *Réplica al profesor Rodolfo Figueroa*. *Revista médica de Chile*. *Rev. Méd. Chile* vol.140 no.2 Santiago feb. 2012 <http://dx.doi.org/10.4067/S0034->

98872012000200017. Rev. Méd. Chile 2012; 140: 261-265.

(16) Laura Fiorela De la Rosa Quiñones, Daniela del Carmen Domínguez Castañeda, Marilía Sibeles Cortez Vidal. Ideación Suicida en pacientes con cáncer de mama estadios III-IV, Chiclayo, 3. Revista de Investigación Psicológica, versión On-line ISSN 2223-3032, Revista de Psicología N° 22 La Paz 2019. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2223-0322019000200004&script=sci_arttext.

(17) Navarrete Velásquez Jean Pool Adrián, Depresión Asociado A Ideación Suicida en Pacientes con Cáncer. Tesis Para Optar el Título de Médico Cirujano. Trujillo - Perú. 2018 http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4276/1/REP_MED.HUMA_JEAN.NAVARRETE_DEPRESI%C3%93N.ASOCIADO.IDEACI%C3%93N.SUICIDA.PACIENTES.CANCER.pdf.

(18) Akram Hernández-Vásquez (1),a,f, Diego Azañedo (2),b, Juan Rubilar-González (3), c, Bertha Huarez (4), d, Leandro Grendas (1), e, g. Evolución Y Diferencias Regionales De La Mortalidad Por Suicidios En El Perú, 2004-2013. Rev. Perú Méd. Exp. Salud pública. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n4/a21v33n4.pdf>.

(19) Susana Morales, Orietta Echávarri, Jorge Barros, María de la Paz Maino, Iván Armijo, Ronit Fischman, Catalina Núñez, Claudia Moya,

Marietta Monari. Intento e Ideación Suicida en Consultantes a Salud Mental: Estilos Depresivos, Malestar Interpersonal y Satisfacción Familiar. *Psykhe* vol.26 no.1 Santiago mayo 2017 <http://dx.doi.org/10.7764/psykhe.26.1.939>. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282017000100006.

(20) Fernando Rey Martínez Revista. Eutanasia y derechos fundamentales. *Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas - Ano IX - N° 13 - Novembro 2009*.

(21) Dworkin G. Paternalismo. <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/?fbclid=IwAR0jACoCP2o1be4XgaZRI7gK6FdRbBUmRmi6UYuKMiVow6osJzpklyz6Mc>.

(22) Atienza Manuel. Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. En <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.015>.

(23) Op. cit.

(24) <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5>.

(25) Homicidios en el Perú. Contándolos uno a uno 2011-2018. INEI. PJ. MP. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1731/libro.pdf.

(26) <https://lpderecho.pe/parricidio-pena-suspendida-joven-ocasiono-muerte-madre-acabar-dolores-r-n-2507-2015-lima/>.

LANZAMIENTO
**TRATADO DE DERECHO
A LA SALUD**

2.^a edición actualizada y ampliada



**Celia Weingarten •
Graciela Lovece**
Directoras



3 Tomos + eBook



Contiene códigos QR
con material adicional.

En contexto de pandemia, ¿qué sucede con el derecho a la salud y su aplicación en el ámbito laboral? ¿Cómo se regularán los daños producidos por infecciones hospitalarias y el COVID 19? ¿Cuáles son los efectos de la salud física y mental por el aislamiento social durante la pandemia? Éstas y otras preguntas más son analizadas en una segunda edición actualizada y ampliada del tratado, en la que se abordan los nuevos desafíos e interpelaciones que surgieron en el campo del derecho y la salud, en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio.



ESCANEE EL CÓDIGO QR

y acceda al índice interactivo de la colección.

Comience a leer el primer capítulo.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.



ThomsonReutersLaLey



@TRLaLey

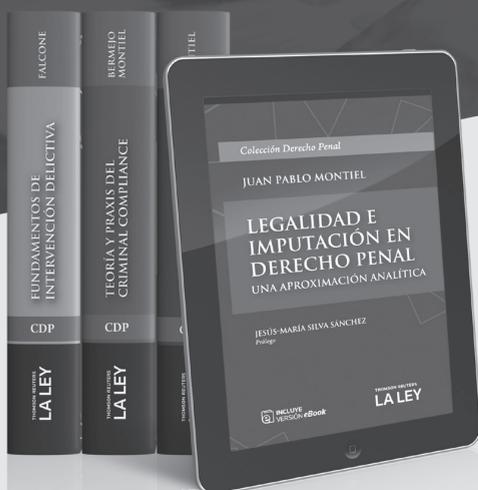


ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY

LANZAMIENTO
**COLECCIÓN
DERECHO PENAL**

Director: **Juan Pablo Montiel**



Juan Pablo
Montiel • Mateo
Bermejo • Andrés
Falcone



3 Tomos + eBook

La colección que todo penalista debe tener en su biblioteca.

Ofrece una panorámica actual de los temas que se están discutiendo hoy: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el Criminal Compliance, análisis económico de la política criminal, etc. Se plantean problemáticas clásicas desde un enfoque renovado, ofreciendo herramientas para que el profesional pueda resolver problemas prácticos.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **in LinkedIn** con **contenido
específico** para contadores.

f ThomsonReutersLaLey
t @TRLaLey
in ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.



THOMSON REUTERS
ACTUALIDAD VIRTUAL



ACTUALIDAD VIRTUAL

Contenido actualizado con los
últimos acontecimientos de interés
de cada materia.



Adquirí tu *ebook*
ingresando aquí.

 THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

