

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES



DOCTORADO EN DERECHO

Docente : LEYSSER LUGGI LEON HILARIO
Curso : SEMINARIOS COMPLEMENTARIOS V
Estudiante : ALICIA LICETH MIÑANO DONAYRE
TEMA : EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA.

2022

LIMA – PERÚ

En relación con la sentencia emitida en el caso Estrada, formule una reflexión crítica sobre el valor de la jurisprudencia establecida en la decisión revisada. Exponga, sobre la base de ésta y todas las consideraciones que Ud. juzgue convenientes si, atendiendo a las consecuencias morales, sociales y de otra naturaleza, de la sentencia, puede afirmarse (o si debe negarse) que la jurisprudencia sea fuente del derecho o que las sentencias son vinculantes para los jueces a futuro.

Conforme hemos venido desarrollando el presente trabajo, vamos a sub dividir la respuesta del mismo en cuatro ítems, siendo de aporte las bases que se han sentado en la respuesta de la Parte I, conforme detallamos a continuación:

1. Reflexión crítica sobre el valor de la jurisprudencia establecida en la decisión revisada:

A fin de poder absolver este apartado es preciso hacer referencia al caso en comentario, recaído en la sentencia emitida por el Décimo Juzgado Constitucional, con resolución número seis de fecha 22 de febrero de 2021, sobre la cual a continuación realizaremos un breve resumen:

Fluye de autos que la Defensoría del Pueblo, promueve un Proceso de amparo, en beneficio de la ciudadana Ana Milagros Estrada, contra el Ministerio de Salud, (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), solicitando:

1. 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.
2. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) por considerar que los efectos de dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la Sra. Ana Estrada.
3. Se ordene a consecuencia de lo anterior a EsSalud:
 - (i) Respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; (ii) conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria; (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. Se ordene a consecuencia de lo anterior al Ministerio de Salud.
4. 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.

5. 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.

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.

Invocan como derechos constitucionales vulnerados:

- a. Derecho a la muerte en condiciones dignas
- b. 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

Recibida la demanda de amparo y teniendo en cuenta las pretensiones antes señaladas, más las actuaciones procesales correspondientes, el Juez, procede emitir sentencia fundamentando su extenso análisis en dos partes, conforme al siguiente esquema:

Nuevos derechos y derechos innominados: aquí se menciona el control difuso, el principio de inexcusabilidad, norma auto aplicativa, tema probatorio sobre el estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada Ugarte.

En la segunda parte del análisis para fundamentar su decisión, se realiza una exposición copiosa sobre los derechos fundamentales invocados, resaltando el derecho a la dignidad, dignidad de personas con discapacidad, dignidad como concepto de interpretación no pacífica, apoyos y salva guardas como expresión de la razón, el ser humano como acto de libertad, el dolor, homicidio piadoso, el tipo penal cuestionado en la doctrina, la doctrina del doble efecto, principio de doble efecto y la eutanasia, luego, amicus curiae, proponiendo cuidados paliativos, enfermedad terminal e ideación suicida, ética médica, modelos de la interpretación constitucional de la eutanasia y concretamente del suicidio asistido, la eutanasia prohibida, la eutanasia como derecho fundamental, la eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable, la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida, paternalismo, criptotanasia, pendiente resbaladiza, test de proporcionalidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y finalmente pretensiones subordinadas.

Finamente, se emite sentencia declarando 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, **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.
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. Ambas instituciones independientemente, deberán conformar
3. 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.
4. 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.
5. EsSalud deberá 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, 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.
6. 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 desaprobirla ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud, deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento.
7. 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 situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos

Debido a lo extenso del análisis realizado en la sentencia no podremos abundar en los detalles específicos en donde se menciona jurisprudencia para fundamentar su posición así como numerosos autores citados para apoyar las ideas que se plasman sobre la

pretensión demandada y atendiendo a que realizaremos un análisis sobre el valor de la jurisprudencia, es preciso reiterar que para los ordenamientos del *Civil Law* las fuentes del derecho reconocidas son únicamente la Ley y la costumbre, por lo que en este caso también el valor de la jurisprudencia establecida en la decisión revisada es nula, ya que no ha señalado sentencias del tribunal constitucional que constituyen precedente vinculante además que ha invocado doctrina, pretendido desarrollar figuras como el suicidio asistido, la eutanasia, figuras que no se encuentran desarrolladas en el derecho positivo peruano. Así mismo, la mera sentencia, tampoco tiene valor como orientación o referencia por los errores cometidos, además que sólo aplica para el caso concreto, y tal como hemos señalado el verdadero valor y fuerza de la jurisprudencia se encuentra en generar una tendencia constante sobre la misma forma de resolver, mas no sobre una forma aislada.

Repetimos que llama la atención lo extenso de la sentencia, y su alusión a abundante doctrina pretendiendo fungir de legislador, función que no le corresponde a los jueces, quienes por mandato constitucional únicamente se deben a la constitución y la Ley, su trabajo es el de administrar justicia. Mas no intentar convencer con desarrollos vanos sobre una postura personalísima, al igual que en el caso anterior, desde la perspectiva de quien escribe, se aprecia que se trata de una sentencia imbuida de prejuicio personal, en donde se quiere llamar la atención o atender un pedido que no ha sido desarrollado por el legislativo. Y digo llamar la atención debido a que se trata de un caso complejo y controversial que ataca el sentido mismo de la existencia humana, de la vida y la muerte, ámbitos que de por sí a más de uno puede dejarnos sin explicaciones ni palabras.

Se debe tener mucho cuidado con el principalísimo que puede desviar a los jueces de su verdadero rol que es otorgar seguridad jurídica.

2. Consecuencias morales, sociales y de otra naturaleza:

Como consecuencia moral, considero que tenemos al frente un contravalor, porque desde siempre hemos aprendido a cuidar de los nuestros y acompañarnos en las vicisitudes de la vida, llámese por ejemplo enfermedad, para eso se ha preparado toda la humanidad a lo largo de la historia, en sus diversas especialidades, como la medicina humana, la biología, la química la física entre otras propiedades del cuidado de la salud con la finalidad de preservar la vida lo más que se pueda, incluso en otros países en donde existe la eutanasia, hay personas que no quieren que sus familiares a pesar de estar en estado de coma u otro, se les induzca a la muerte, prefieren que su muerte se produzca como un evento propio del cuerpo humano, no obstante, con este pedido de la Sra. Ana Estrada, que el estado a través de sus órganos competentes pueda planificar su muerte, aludiendo a una muerte digna, debido a que tiene una enfermedad degenerativa y que la misma le produce dolores intolerables, es algo completamente contradictorio a los valores que hemos conocido hasta el momento, por lo menos para la autora.

Por lo que las consecuencias morales, son tremendas, no podemos argüir o tentar argumentos sin que ello pase por los estudios técnicos respectivos y que además se evalúe desde la sociología o antropología su impacto en la sociedad peruana. Menos se puede pretender desde un juzgado, con todas las limitaciones que tiene, realizar un desarrollo de estas figuras que como dijéramos no existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva de la escritora, la muerte es parte de la vida, por lo que la muerte cumple un ciclo vital que no puede ser alterado, salvo por causas ajenas o imprevisibles a los seres humanos, hace pocos años se viene estudiando el reino fungí, reino completamente desconocido anteriormente y que está revelando aspectos sorprendentes sobre la función de este reino en el medio ambiente, es decir en la vida, por lo menos de este planeta tierra. Se habla mucho de la contaminación ambiental y se dice que el hombre con su intervención, está alterando los ciclos naturales, que esto hoy en día nos está costando caro por el calentamiento global; y, considero que allí reside la fuerza de respetar un ciclo natural, no conocemos las consecuencias de esto, no se ha estudiado, no sabemos cómo se comportará el ser humano, a sabiendas sobre todo, de que no solo tenemos un lado blanco por así decirlo, sino que todos tenemos un lado negro u oscuro, que habita con nosotros, y es función de las autoridades mantener la paz, la armonía y preservar la vida. Considero que aún no estamos preparados ni nos conocemos lo suficiente para tomar determinaciones de este tipo.

Como consecuencia social, puedo mencionar que el entender que por muerte digna debe concebir que una persona no puede sufrir ningún dolor y que si fuera así entonces, el gobierno se obliga a cumplir el mandato de quien no puede soportar dichos dolores y procurarle la muerte, ello me parece un absurdo que va contra la esencia de seres humanos que tenemos y que la propia naturaleza nos muestra, la mariposa por ejemplo para convertirse en lo hermosa que es, primero debe aguardar y desarrollarse en un capullo, luego del cual se expande y nace un maravillo ser, la vida misma se explica con las alegrías y derrotas diarias, por ello la consecuencia social desde esta perspectiva sería muy grave, porque estaríamos ensalzando una vida sin tropiezos, una vida sin dolor, una vida en la que no hay que sufrir sino que todo debe ser muy bonito y sino pues simplemente ya no vale la pena vivir e invoco mi derecho a auto eliminarme.

Un detalle que conviene mencionar es que según lo citado en la clase el pedido de Ana Estrada, estaba relacionado a que su consentimiento médico lo revocaba en caso quedaba en estado vegetativo, y que sin embargo, la sentencia hizo un desarrollo sobre la eutanasia, a lo cual añadiríamos que no solamente fue sobre esta figura sino de muchas otras tal como se ha señalado en la parte inicial de este apartado.

¿Esto es así?, desde esta butaca considero un rotundo NO, lo contrario sería negar lo que vemos y percibimos a diario, las decepciones, errores, frustraciones y dolores son el pan de cada día, sin ir muy lejos, un familiar cercano quien acaba de fallecer por Covid-19,

el año 2021, tenía comorbilidades de diabetes, presión alta, insuficiencia renal crónica, heridas en el cuerpo que lo hacían irreconocible, la pregunta sería ¿sufría? Claro que sí, no era fácil su vida, tampoco para la familia, pero a nadie se le ocurrió procurarle la muerte, tampoco él lo pidió. Considero que así como se necesita valentía para nacer también se necesita valentía para vivir y morir.

Como consecuencias de otra naturaleza; puedo señalar que desde el ámbito de la ontología humana, basado también en la psicología y psiquiatría y otras áreas del conocimiento similares, la decisión de matar a otro ser es un peso emocional muy fuerte que difícilmente puede ser superado según se afirma; así mismo, desde estas áreas incluso, existen antecedentes por ejemplo, que las mujeres que se procuran abortos no pueden superar este trauma incluso en su lecho de muerte, este hecho las persigue a lo largo de su vida (incluso habiendo llevado terapia) no tienen paz en su vida, por más que por fuera podamos apreciar que todo está bien, este hecho está minando su conciencia permanentemente, y puede tener correlatos con enfermedades físicas, en donde se aprecia por ejemplo el desarrollo de enfermedades bronquiales, porque muchas callan este hecho y no van a terapia, por temor a ser juzgadas, hecho que también las consume poco a poco, derivando en enfermedades físicas de diverso tipo.

En esta línea conviene resaltar que en la propia sentencia en su página 4 señala: *“Por eso hago este blog y la publicación de mi vida que no sólo 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”* (el resaltado es nuestro), conforme se puede apreciar y seguramente desde la perspectiva de la psicología y psiquiatría se podrá confirmar, es una persona que ha sufrido depresión desde temprana edad, estas personas tienen un comportamiento determinado y deben recibir un tratamiento, al haber sufrido esta enfermedad desde temprana edad, puede haberse vuelto crónica, y repercutir en su salud emocional a tal punto que lo único que la motiva a permanecer con vida justamente es planear su muerte, se aprecia también que esa soledad y falta de afecto que confiesa le hace no valorar la vida y la lleva a la necesidad de ser vista, por lo que emprende una comunicación por las redes y la contienda legal, para de alguna manera aplacar el vacío que lleva internamente.

Esto nos lleva a reflexionar sobre qué tipo de sociedad estamos construyendo, porque el caso de la Sra. Ana Estrada es uno que ha salido a la luz, pero estamos seguros que pueden haber muchas más historias de niños con depresión que no es tratada y que traerá a futuro como consecuencia que vivamos en una sociedad atrapada en el pesimismo y falta de valoración a la vida.

3. Puede afirmarse o negarse que la jurisprudencia sea fuente del derecho:

En este caso al igual que el caso anterior podemos afirmar categóricamente, conforme a los argumentos también expuestos para el caso Brunito, que la jurisprudencia no es fuente del derecho, debido a que su función es meramente orientativa y de guía para que los magistrados se apoyen a formar criterios, pero de ningún modo puede significar que ello sea sustento para tomar una decisión o emitir un fallo, muy por el contrario los fallos deben estar acorde a ley, ni siquiera a la doctrina, ya que como se ha señalado, la doctrina también es diversa y cambiante, mientras que la ley es una sola y es de acceso para todos o se presume conocida, salvo por la figura penal de error culturalmente condicionado.

Lo dicho también lo podemos sustentar en las contradicciones que existen actualmente con los plenos casatorios que se han instaurado, donde por ejemplo, el primer pleno es contradicho con el noveno pleno casatorio, en donde se discutía sobre la posibilidad de anular un contrato de oficio. Y no solamente en este pleno casatorio ha sucedido algo contradictorio o con confusiones, sino hay otros más, que por el espacio ya no podrán ser mencionados, pero esto refuerza la tesis de que la jurisprudencia no es fuente de derecho.

Así entonces, la jurisprudencia no es fuente de derecho porque los jueces no tienen potestad normativa, el juez no crea reglas jurídicas. Los jueces no son legisladores, los jueces son administradores de justicia, resuelven controversias concretas, interpretando la ley y aplicando las categorías jurídicas.

Ahora bien, ¿qué es una categoría jurídica?, una categoría jurídica es una construcción de la Doctrina. Es la Doctrina que tiene el rol de construir categorías jurídicas, tomando una realidad cultural, social, económica etc. (Morales, 2021). Por ello cuando una jurisprudencia quiere convertirse en doctrina comete una usurpación de funciones la jurisprudencia no debe asumir el papel de la doctrina. Es la Doctrina que coloca definiciones a las categorías en base a un estudio científico de las categorías.

En ese sentido, la doctrina también ha señalado que la jurisprudencia no es fuente de derecho sino una fuente de conocimiento. Ello debido a que la jurisprudencia, y como bien lo hemos observado, puede confundir categorías, entonces no puedo aplicar eso si estoy viendo errores garrafales, como por ejemplo lo ocurrido con el V Pleno Casatorio.

En esta misma línea es preciso señalar que los principios jurídicos tienen como función dos aspectos principalmente: 1. Justificar una decisión y 2. Justificar un argumento. Es por ello que un principio de especialidad no puede derogar una ley.

En el caso que venimos analizando es sorprendente como el Juez se aparta de sus funciones, utiliza jurisprudencia y doctrina como fuente de derecho, así como pretende usurpar las funciones del poder legislativo realizando todo un desarrollo sobre un derecho a la muerte digna que no está regulado en el derecho positivo peruano.

4. Las sentencias son vinculantes para los jueces a futuro:

Las sentencias no son vinculantes para los jueces a futuro, en primer lugar porque las propias normas señaladas en el punto 4 del caso Brunito, así lo expresan indicando que un juez puede apartarse de los precedentes vinculantes siempre y cuando lo motive, en segundo lugar porque nuestro sistema de civil law, no reconoce como fuente de derecho a la jurisprudencia, y en último lugar porque no podemos hacer referencia a errores que se hayan podido cometer, muy por el contrario los jueces están llamados al cumplimiento estricto de la ley y cuando se trate de precedentes vinculantes, armonizar los criterios para determinadas causas en favor de las mayorías, pero no de casos particulares, sino que la justicia sea aplicable para todos o las mayorías mas no para resolver problemas de unos pocos o casos particularísimos.

Fuentes de Información

Fuentes Bibliográficas:

- Gaceta Jurídica. (2020). Código Civil comentado. Tomo X (4ta ed.). Gaceta Jurídica SA.
- Ledesma M. (2015) Comentarios al Código Procesal Civil (5ta. Ed.) Gaceta Jurídica SA.

Fuentes Legales:

- Congreso Constituyente Democrático (2016). Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993. Fondo Editorial del Congreso de la República.
- Decreto Legislativo n.º 768. Código procesal civil. 29 de febrero de 1992.
- Decreto Legislativo n.º 295. Código civil. 24 de julio de 1984.
- LEY n.º 28237. Código Procesal Constitucional.
- LEY n.º 29497. Nueva Ley Procesal del Trabajo.
- Decreto Legislativo n.º 767. Ley Orgánica del Poder Judicial

Fuentes Hemerográficas:

- Albaladejo M. (1970) La Jurisprudencia. Revista de Derecho Privado. Tomo LIV.
- Leon L. (2021) Desventuras de la doctrina del precedente en el Perú. Gaceta Civil & Procesal Civil N° 97.
- <http://www.derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/basedatos.htm>.
- Multilegis – SPIJ – Buscador de Jurisprudencia Constitucional – EBSCO – PROQUEST – RefWorks – E-libro.

Fuentes Jurisprudenciales:

- Sentencia emitida por el Décimo Primer Juzgado Constitucional, recaída en la Resolución N° 3 de fecha 22 de febrero de 2021. (Caso Ana Estrada)
- Casación N° 1714-2018 Lima, indemnización por daños y perjuicios, emitida por la Corte Suprema de Justicia de Lima, de fecha 21 de enero de 2019. (Caso Brunito)
- Resolución N° 11, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Quinta Sala Civil, de fecha 02 de noviembre de 2017. (Caso Brunito)
- Sentencia recaída en el Resolución N° 47, del Juzgado Especializado en ejecución de sentencias supranacionales de Lima, de fecha 15 de marzo de 2017. (Caso Brunito)