

EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO
Razones constitucionales que justifican la ayuda a morir

Leidy Johana Giraldo Osorio

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
<hr/>	
<u>CAPITULO I. ANÁLISIS SEMÁNTICO DEL TÉRMINO EUTANASIA</u>	8
INTRODUCCIÓN	8
1.1. EL DOMINIO MÉDICO DE LA VIDA Y EL FENÓMENO DE LA DEMANDA SOCIAL QUE RECLAMA SU LIBRE DISPOSICIÓN PARA EL TITULAR DEL DERECHO	9
1.1.1. LOS AVANCES DE LA MEDICINA Y SU INCIDENCIA EN LA SOLICITUD DE AYUDA A MORIR	11
1.1.2. LOS CAMBIOS SOCIALES, POLÍTICOS Y JURÍDICOS, EN ESPECIAL, LUEGO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	12
1.2. RECONSTRUCCIÓN SEMÁNTICA DE LOS USOS HISTÓRICOS OTORGADOS AL TÉRMINO EUTANASIA	14
1.3. CLASIFICACIÓN DE USOS HISTÓRICOS Y CONTEMPORÁNEOS VINCULADOS AL VOCABLO EUTANASIA	24
1.4. VALIDEZ DE LA DENOMINACIÓN DE CONDUCTA EUTANÁSICA DE LOS CONCEPTOS DE LIMITACIÓN, REORIENTACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO Y SEDACIÓN PALIATIVA	26
1.4.1. LA REORIENTACIÓN O LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO COMO INSTRUMENTOS QUE MAXIMIZAN LOS PRINCIPIOS DE NO MALEFICENCIA Y JUSTICIA	28
1.4.2. EL CUIDADO PALIATIVO COMO INSTRUMENTO QUE MAXIMIZA EL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA	35
1.5. CONCLUSIONES PRELIMINARES	38
<hr/>	
<u>CAPITULO II. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA COMO JUSTIFICANTE DE LA AYUDA A MORIR</u>	41
INTRODUCCIÓN	41
2.1. EL PAPEL DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA AUTONOMÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	42
2.2. LA AUTONOMÍA Y SU RELEVANCIA JURÍDICA FRENTE A LA FACULTAD DE DISPONER DE LA PROPIA VIDA	45
2.3. RAZONES CONSTITUCIONALES QUE JUSTIFICAN LA AYUDA A MORIR	49
2.3.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIBERTADES	49
2.3.2. LA AUTONOMÍA COMO RAZÓN DE SEGUNDO NIVEL EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES	52
2.3.3. DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE FACULTAD PARA DEJAR DE VIVIR A LA PRETENSIÓN DE AYUDA A MORIR	54
2.3.4. DEBER DE PROTECCIÓN DE LA VIDA PARA EL ESTADO	56
2.4. EL BIEN JURÍDICO VIDA Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL.	63
2.4.1. PROHIBICIÓN DEL EXCESO	63
2.4.2. ANTIJURIDICIDAD DE LA AYUDA A MORIR	69

2.5. CONCLUSIONES PRELIMINARES	73
---------------------------------------	-----------

CAPITULO III. DESARROLLO NORMATIVO DE LA EUTANASIA Y EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE EN COLOMBIA **77**

INTRODUCCIÓN	77
3.1 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y LA EUTANASIA EN LOS AÑOS 1993 Y 1997	78
3.2. REGULACIÓN DEL CUIDADO PALIATIVO EN LOS AÑOS 2014 Y 2018	83
3.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y REGLAMENTARIO DEL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE DESDE EL AÑO 2014 HASTA EL 2021	88
3.4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	109

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL DESARROLLO NORMATIVO SOBRE LA EUTANASIA. **114**

INTRODUCCIÓN	114
4.1. DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA REALIDAD O MITO	115
4.2. REFLEXIONES ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A MORIR DIGNAMENTE EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	119
4.3. EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE Y SUS BARRERAS INJUSTIFICADAS	121
4.3.1. PRIMERA BARRERA: LICITUD DE LA EUTANASIA SOLO CUANDO SE PRACTICA A UN PACIENTE TERMINAL	122
4.3.2. SEGUNDA BARRERA: CONTROVERSIAS EN TORNO AL CONSENTIMIENTO, EN ESPECIAL EL SUSTITUTO Y LAS MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA	132
4.4. EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	139
4.5 CONCLUSIONES PRELIMINARES	146

5. CONCLUSIONES FINALES **151**

LISTA DE REFERENCIAS **156**

INTRODUCCIÓN

Los avances de la ciencia y la tecnología han propiciado escenarios de instrumentalización y medicalización de la vida más allá de lo que muchos individuos podrían considerar una existencia digna. Lo anterior, sumado a los cambios sociales y al reconocimiento de los derechos, ha generado una demanda por parte de diversos sectores para el respeto de la autonomía del paciente. Esto es que les sea garantizada la posibilidad de decidir sobre su salud y sus tratamientos médicos. Así como un reclamo por la facultad para disponer de su propia vida. Es decir, una demanda de ayuda para morir. Este fenómeno ha surgido en medio de la consolidación de los Estados constitucionales actuales, regidos de manera común por los principios de dignidad humana y de autonomía. De este modo en la actualidad la eutanasia tiene supuestos fácticos de legalidad en varios países, mientras que en otros es legal el suicidio asistido por personal de la salud¹.

Colombia no es ajena a este reclamo, así un sector de la sociedad viene solicitando la legalidad de la ayuda a morir desde hace varios años. En este país la citada demanda social se manifiesta en los múltiples proyectos de ley sobre eutanasia que han pasado por el Congreso de la República, aunque todos han sido fallidos², así como en los diversos casos de acciones de tutela que ha analizado la Corte Constitucional, a partir de los cuales ha desarrollado su jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente desde el año 2014; también en controversias y casos que han alcanzado gran despliegue mediático como el de Ovidio González, padre del caricaturista Julio César González “*Matador*”³ y, la existencia de entidades como la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente.

¹ La eutanasia es legal en España, Países Bajos, Bélgica, Canadá, Luxemburgo, Nueva Zelanda. En otros se permite el suicidio asistido por personal de la salud como en Alemania, Suiza, Victoria (Australia) y en los estados California, Colorado, Hawái, Maine, Nueva Jersey, Oregón, Vermont y Washington (Estados Unidos). (BBC News, 2021).

² (1) Proyecto de ley 093 de 1998 “*Por medio de la cual se establece el derecho a morir dignamente*”. (2) Proyecto de ley 029 de 2006 “*Mediante la cual se reglamenta el derecho de los enfermos terminales a desistir de medios terapéuticos y se prohíbe el ensañamiento terapéutico*”. (3) Proyecto de ley N 100 de 2006 “*Por la cual se reglamenta la práctica de la eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones*”. (4) Proyecto de ley estatutaria 005 de 2007 “*Por la cual se reglamentan las prácticas de la eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones*”. (5) Proyecto de ley estatutaria 070 de 2012 “*Por la cual se reglamentan las prácticas de la eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones*”; por último, (6) proyecto de ley 070 de 2020 “*Por medio del cual se reglamentan las prácticas de la eutanasia y la asistencia al suicidio y se dictan otras disposiciones*”

³ “Mi papa quería buscar la muerte con la Frente en Alto” (González, 2015)

Esta demanda social también se refleja en la sentencia de constitucionalidad C-239/97, la cual se profirió en medio de una fuerte discusión política y social sobre la legitimidad de la eutanasia en el Estado constitucional. En este escenario, la Corte Constitucional ha venido desarrollando el derecho a morir dignamente, el cual está integrado por dos dimensiones, cada una con distintos titulares. Una dimensión contiene la posibilidad de acceder a la eutanasia para el paciente terminal y, la otra, alberga los cuidados paliativos para (i) el paciente con enfermedad en estado terminal y (ii) el paciente con una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, con alto impacto en la calidad de vida. Bajo este contexto, el problema abordado por esta tesis consiste en determinar si el derecho a morir dignamente es idóneo para garantizar la autonomía y dignidad de las personas que padecen intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, o si existen otros fundamentos constitucionales para su salvaguarda.

La tesis que se sostiene afirma que, en el Estado constitucional, la vida es un bien disponible para su titular en virtud del ejercicio de la autonomía. Ésta es una razón de segundo nivel que le permite a la persona hacer ponderación de sus intereses en juego, según su escala de valores, creencias y preferencias para ejercer el derecho a la vida desde su dimensión positiva o negativa. Así mismo, afirmo que el sufrimiento transforma la situación jurídica de no intervención en su decisión de dejar de vivir que tiene el sujeto frente al Estado, en una situación jurídica de pretensión de ayuda a morir. Bajo esta premisa, el derecho a morir dignamente desarrollado por la Corte desconoce la autonomía y la pretensión de ayuda a morir de muchos otros pacientes que no padecen una condición terminal⁴, pero que de igual manera sufren una enfermedad grave, degenerativa e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante que cause un sufrimiento intolerable.

El propósito de este trabajo es proporcionar argumentos para demostrar que, a la luz de la Constitución vigente, en virtud de la autonomía, la vida es un derecho disponible para su

⁴ A lo largo del texto utilizaré diferentes alusiones para hacer referencia a un amplio grupo de personas que tienen en común entre ellas una condición de merma de su salud, no temporal, incurable e incapacitante que les ocasiona profundo sufrimiento físico o mental. Así por ejemplo usaré expresiones como paciente con enfermedad grave, crónica, degenerativa e incurable o que padece lesión corporal grave, crónica, incurable e imposibilitante. También podría señalar paciente con enfermedad grave, degenerativa e incurable o lesión corporal permanente e incapacitante, entre otras.

titular y que el deber del Estado radica en proteger su dimensión positiva y no interferir en el ejercicio de la negativa. De este modo, puede ser lícita la ayuda médica a morir cuando el paciente la solicita porque el sufrimiento que le ocasiona una enfermedad hace su vida indigna, facultad frente a la cual, la caracterización del derecho a morir dignamente impone barreras injustificadas.

La autonomía, como una expresión de la dignidad humana, es el fundamento constitucional de la ayuda a morir. Esto también significa poner al alcance del ciudadano los tratamientos médicos y el cuidado paliativo. Lo anterior, dependerá de la necesidad del paciente, que como he dicho, está ligada a la escala de preferencias, valores y creencias del individuo que padece sufrimientos, esto es, a su propia idea de dignidad. No quiere decir esto que cuando el sujeto no logra desarrollar sus rasgos morales y su autonomía no puedan existir otras razones para que el Estado brinde ayuda a morir, con el fin de salvaguardar otros principios constitucionales que, en un ejercicio de ponderación, adquieran mayor peso abstracto. En esos casos la vía de argumentación no es el respeto por la autonomía, probablemente se encuentren otras razones constitucionales que la justifiquen, como, por ejemplo, el sufrimiento irremediable que afecta una mínima noción común de dignidad humana; sin embargo, ello desborda el problema que se planteó en esta tesis, por lo tanto, no se hará referencia a él.

La metodología utilizada para el desarrollo de este trabajo es de carácter dogmático, pues se analiza el derecho vigente y se formulan algunas consideraciones críticas (Courtis, 2009, p. 105). De este modo, se contrastan postulados constitucionales, reglas jurisprudenciales y fundamentos bioéticos con el fin de determinar si existen razones constitucionales y médicas que justifiquen la ayuda a morir. Para ello, en primer lugar, se expone la existencia de una demanda social actual para la lícita ayuda a morir. En este contexto, fue necesario realizar una reconstrucción de los usos históricos del término eutanasia para despojarla de su condición polisémica y darle un sentido unívoco, que permita el consenso sobre los aspectos en torno a los cuáles debe centrarse el debate jurídico. En este sentido, se desarrolla una propuesta de definición contemporánea. Así, se delimita la discusión jurídica sobre la ayuda

a morir -eutanasia y suicidio asistido⁵- a la legítima facultad del sujeto para disponer de su vida y las implicaciones para el tercero que le presta ayuda. Para lograr el consenso sobre las bases de la discusión es necesario apartar del debate los actos médicos de reorientación terapéutica, limitación del esfuerzo terapéutico y cuidados paliativos, pues estos son actos médicos que no tiene por finalidad ocasionar la muerte.

Luego de esto, este trabajo expone que una característica distintiva de los Estados constitucionales es poseer una dimensión ético-sustantiva que alberga el conjunto de valores, principios y derechos que lo caracterizan. El reconocimiento de la dignidad humana es afín a todos ellos, mientras que la autonomía es una de sus principales expresiones. Además, esta tesis defiende que el dolor irremediable es un fenómeno que puede llegar a impedir la existencia en condiciones de dignidad y cómo, en estos casos, la garantía del ejercicio de la autonomía reivindica la dignidad rota. De aquí surge una legítima pretensión para el ciudadano frente al Estado por la lícita ayuda a morir. Estas reflexiones son transversalizadas por la idea de que dentro de los nobles fines del ejercicio de la medicina no solo están curar o rehabilitar la enfermedad, también está aliviar el sufrimiento mediante la ayuda a morir. Por ello, en la reconstrucción histórica del término se pone en evidencia la estrecha relación que tiene el nacimiento de la medicina científica en Grecia con la idea de que dar una buena muerte era una misión que correspondía al médico. Finalmente, esta tesis reconstruye la línea jurisprudencial sobre la materia que establece un derecho autónomo e independiente a morir dignamente. Al respecto, se hace un análisis crítico sobre las barreras que, en la actualidad, la conceptualización de este derecho impone al ejercicio de la autonomía de, quienes, amparados en los postulados constitucionales, podrían acudir a la ayuda a morir de manera lícita y sobre la necesidad de una legislación más clara sobre la materia.

El objeto de estudio de esta tesis se abordará en cuatro capítulos. El primero es de corte bioético. En él se hace un análisis semántico del término eutanasia a partir de su evolución histórica y se propone una definición contemporánea de este. De igual manera, se expone la

⁵ La diferencia radica en que la eutanasia es el procedimiento realizado por un médico, mientras que el suicidio asistido consiste en que el paciente recibe de médico los medicamentos con los que él mismo podrá poner fin a su vida, pero ambas se ubican en la categoría genérica de ayuda a morir.

existencia de una demanda social por la licitud de la ayuda a morir originada en los avances de la medicina y en el reconocimiento de la autonomía del paciente. Finalmente, se analizará la validez de la denominación como conducta eutanásica de los conceptos de limitación, reorientación del esfuerzo terapéutico y sedación paliativa.

En el segundo capítulo se desarrollarán argumentos jurídicos en relación con el papel de la dignidad humana y la autonomía en el Estado constitucional; así como sobre la autonomía y su relevancia jurídica frente a la facultad de disponer de la propia vida; las razones constitucionales que justifican la ayuda a morir; y sobre el bien jurídico vida y su protección a través del derecho penal.

En el tercer capítulo se expondrá el desarrollo normativo del derecho a morir dignamente en la jurisprudencia constitucional, leyes, decretos y resoluciones. Para efectos pedagógicos este desarrollo está dividido en tres periodos, aunque el segundo y el tercero se superponen. El primer periodo comprende el desarrollo jurisprudencial sobre la autonomía del paciente y la eutanasia entre los años 1993 y 2014. El segundo, la regulación del cuidado paliativo en los años 2014 y 2018. Finalmente, el tercero, incluye el desarrollo jurisprudencial y reglamentario del derecho a morir dignamente desde el año 2014 hasta el año 2020.

En el capítulo cuarto se hará un análisis del desarrollo normativo sobre la eutanasia desde los postulados de la constitución vigente. De este modo, se cuestionará si en la sentencia C-239/97 se despenalizó la eutanasia o si ello es un mito. Se realizarán reflexiones acerca de la legitimidad y validez del derecho fundamental a morir dignamente en relación con el reconocimiento previo del derecho a la vida y el libre desarrollo de la personalidad. También se plantearán algunas de las barreras que en la actualidad impone la conceptualización del derecho a morir dignamente al ejercicio de la autonomía de las personas que sufren de manera irremediable. Finalmente, se concluirá que la ayuda a morir mediante la eutanasia o el suicidio asistido es un mecanismo para la protección de la autonomía en el Estado constitucional y se insistirá en la necesidad sobre una regulación clara al respecto y se hará una breve mención sobre el papel protagónico de la academia y los tribunales profesionales en el entendimiento de estos dilemas ético-jurídicos.

CAPITULO I. ANÁLISIS SEMÁNTICO DEL TÉRMINO EUTANASIA

Hacia una re-significación derivada de avances médicos y el respeto por la autonomía

Introducción

El problema de la eutanasia plantea cuestiones muy complejas. No solo porque en ella confluyen debates de tipo moral, religioso, ético y jurídico, sino porque, aunque es un concepto que acompaña a la sociedad desde la antigüedad, en la actualidad, no es claro a qué se hace referencia con dicha expresión. La eutanasia es un término ambiguo. Por su raíz etimológica, proveniente del griego *euthanatos* (*eu* –buena- *thanatos* –muerte-), puede señalarse que la palabra era usada para referir cualquier forma de muerte susceptible de ser valorada como buena sin importar el hecho que la produjese. Sin embargo, en la antigüedad (griegos y romanos) no es posible asociar la expresión a un hecho o una práctica concreta. En cambio, en nuestros días el término eutanasia suele asociarse a una conducta o práctica médica que antecede a la muerte.

Por citar algunos ejemplos actuales, el término eutanasia se utiliza (1) para aludir a una conducta médica en la que, sin el ánimo de ocasionar la muerte, ésta ocurre, en cierto grado, por influencia de la conducta desplegada, por ejemplo, administrar sedación paliativa (eutanasia activa indirecta), retirar un ventilador, suspender una diálisis, no realizar maniobras de reanimación (eutanasia pasiva). (2) También suele usarse para describir el acto médico encaminado a ocasionar la muerte sin la previa manifestación de voluntad por parte del paciente (eutanasia activa involuntaria) o para (3) significar el acto médico de causar deliberadamente la muerte por solicitud de un paciente que padece sufrimiento (eutanasia activa voluntaria). Finalmente, también puede encontrarse el uso del término para (4) describir alguna de las conductas antes señaladas, pero sin que las mismas sean realizadas por un médico, a lo cual de manera genérica se le denomina homicidio por piedad.

No obstante, la presente tesis plantea que el actual significado de la expresión eutanasia debe ir más allá de su raíz etimológica y de sus usos históricos. Debe recoger un reclamo latente, que se ha convertido en una fuerte demanda social y que desata un arduo debate ético y

jurídico. Esto es, la licitud de la ayuda a morir cuando la vida se hace indeseable para su titular.

En este capítulo (1) desarrollaré la idea de una demanda social en torno a la ayuda a morir y sus elementos, (2) reconstruiré los diversos significados que ha tenido el término eutanasia, (3) expondré los principales usos contemporáneos de la expresión y (4) plantearé que el concepto requiere una re-significación a fin de clarificar los elementos que lo componen, facilitar su debate y abordar la demanda vigente de un sector de la sociedad. Sostendré que, en nuestros tiempos, por eutanasia debe entenderse la conducta médica encaminada a ocasionar la muerte de un paciente que libremente la solicita, porque valora su vida indigna e indeseable por el sufrimiento que le provoca una enfermedad. En términos generales, acogeré por eutanasia únicamente el supuesto descrito en la idea actual de eutanasia activa, directa y voluntaria. Excluiré de este concepto las conductas que han sido catalogadas como eutanasia pasiva y eutanasia activa indirecta, pues lo que se describe con estos términos son los actos médicos de cuidado paliativo y proporcionalidad terapéutica, que no deben admitir reproche de índole ético ni jurídico, ya que con ellos se busca evitarse la futilidad, también denominada encarnizamiento, ensañamiento, obstinación terapéutica o distanasia.

1.1. El dominio médico de la vida y el fenómeno de la demanda social que reclama su libre disposición para el titular del derecho

En nuestros tiempos la licitud de la eutanasia representa una intensa demanda social (Gascón, 2002, p. 58). Dos hechos han contribuido fundamentalmente a este fenómeno: el avance de la medicina y el reconocimiento de la autonomía de los pacientes. En primer lugar, los avances en las últimas décadas de la tecnología y la medicina como, por ejemplo, el desarrollo de las unidades de cuidado intensivo, el soporte vital avanzado, el trasplante de órganos y la cirugía cardíaca, han llevado al alargamiento de la vida en condiciones medicalizadas, con la exponencial aparición de estados crónicos de enfermedades graves e incurables (Belloc & Girbes, 2010, p. 103). Antes las patologías catastróficas (enfermedades neurodegenerativas, afecciones cardíacas, falla renal, cáncer, entre otras) ocasionaban

deterioro de la salud y una muerte rápida. Era impensable sobrevivir a ciertos traumas raquimedulares y craneoencefálicos o a algunos tipos de accidentes cerebrovasculares y cardíacos, así como al cáncer.

Sin embargo, en la actualidad una persona puede vivir por mucho tiempo, en condiciones de enfermedad grave, degenerativa e incurable o de lesión corporal permanente e incapacitante. Este hecho suele darse con dependencia a medicamentos, aparatos biomédicos y, en muchas ocasiones acompañada de altos niveles de sufrimiento que la misma persona juzga indignantes. La desproporcionada medicalización de la vida y su prolongación, con base en el desarrollo tecnológico, puede llevar a su reducción a la mera existencia, como un hecho biológico, desprovista de las condiciones psicológicas, sociales y morales que la vida digna implica. Es así como en los propios avances médicos y tecnológicos de las últimas décadas, se encuentra el origen de una realidad paralela, pues es justamente durante este periodo que *“los enfermos han comenzado a exigir respeto a sus propias decisiones sobre cómo morir.”* (Gracia, 1998, p. 282).

En segundo lugar, y en contraste con lo anterior, el auge del reconocimiento de la autonomía del paciente, en particular, después de la segunda guerra mundial, ha generado una especie de conciencia colectiva sobre el derecho de los pacientes a decidir de manera exclusiva sobre los aspectos de su salud y enfermedad. Este hecho ha promovido la construcción de un catálogo de derechos de los enfermos y la lucha por su garantía. Así mismo, ha dado lugar a la transformación del ejercicio de la medicina: de una práctica paternalista hacia una dialógica, basada en el respeto por la autonomía del paciente.

Posponer medicamente la muerte, más allá del deseo del sujeto, ha dado origen a un reclamo permanente de algunos pacientes y sectores que los representan, por el respeto de su derecho a decidir cómo y cuándo morir⁶. Hoy las personas no suelen morir en la intimidad de sus hogares y rodeados de sus seres queridos, sino que, por el contrario, lo usual es la muerte

⁶ Muchos países en el mundo, entre los que se inscribe Colombia, han dado fuertes debates sobre la legitimidad de la eutanasia y la ayuda al suicidio, en respuestas a ese reclamo social. Hoy son 7 los países del mundo que contemplan supuestos en los que la eutanasia es lícita: España, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Nueva Zelanda y Canadá. Otros han excluido del dominio del derecho penal la ayuda al suicidio, estos son: Alemania, Suiza, Victoria (Australia) y en los estados California, Colorado, Hawái, Maine, Nueva Jersey, Oregón, Vermont y Washington (Estados Unidos).

hospitalaria o, cuando menos, medicalizada en el hogar. Por ello “*es significativo que a muchas personas, más que la muerte misma, les aterrorice el proceso de morir, frecuentemente institucionalizado, dramático y largo.*” (Caamaño, 2012, p. 200). Es así como la prolongación de la vida medicalizada y la lucha por el respeto de la autonomía de los pacientes, suscitan una progresiva exigencia de reconocimiento de la competencia y capacidad legal de cada persona para terminar con su propia vida, mediante algún tipo de ayuda médica, cuando ésta deja de ser apreciada por indigna. En este contexto Von Engelhardt (2002) sostiene que en la actualidad “*el hombre considera la eutanasia activa como una posibilidad que no lo hará pasar por el doloroso proceso de morir*” (p. 67).

En la presente tesis a este fenómeno se le ha dado la denominación de *demanda social por la licitud de la eutanasia*. A continuación, profundizaré el análisis en los principales hechos que la originan.

1.1.1. Los avances de la medicina y su incidencia en la solicitud de ayuda a morir

Los avances tecnológicos, científicos y farmacológicos, el nacimiento de la medicina intensiva, son logros de la humanidad. Han permitido la prolongación de la existencia en condiciones que antes eran insospechadas. En muchos escenarios esta prolongación comporta una valiosa mejoría en las condiciones de existencia de las personas y en la manera de sobrellevar las enfermedades. Sin embargo, en otras ocasiones la prolongación de la existencia va más allá de las posibilidades de tener una vida en condiciones que el propio sujeto considere digna. Estos avances han transformado el concepto de muerte natural en una idea de muerte intervenida, lo que a su vez ha provocado reacciones en contra. Gozar de salud implica tener el mayor grado de apropiación del cuerpo, pero la enfermedad es justamente un proceso de expropiación. En palabras de Diego Gracia (1998):

Cuanta mayor sea la capacidad de posesión y apropiación del cuerpo, mayor salud se tendrá, de más salud se gozará, y cuanto menor sea tal capacidad, es decir, cuanto más desposeído se sienta uno de su propio cuerpo, cuanto más expropiado lo note, mayor será su enfermedad (p. 281).

A mayor enfermedad, mayor medicalización y mayor expropiación del cuerpo, lo que para algunos se traduce en menor dignidad de la vida. Aunque la muerte puede considerarse el culmen de la desposesión, cuando el cuerpo está enfermo, intervenido, medicalizado, expropiado por la medicina e imposibilitado para la existencia con independencia, la muerte para algunas personas puede ser mejor opción que “*verse obligado a asumir como propio un modo de vida que se considera humillante, indigno, inhumano.*” (Gracia, 1998, p. 282).

Estos avances de las últimas décadas pueden medicalizar la vida no solo de manera hospitalaria, sino también de forma ambulatoria. La referencia a medicalización hospitalaria hace alusión a todo el despliegue técnico y científico en centros hospitalarios. En especial al fuerte intervencionismo y dominio del cuerpo y de la vida en servicios como las unidades de cuidado intensivo, en las cuales es más marcado el avance tecnológico y científico actual. Son ejemplo de estos avances la ventilación mecánica, la asistencia con balón de contra pulsación intraaórtico (BCPIA), la monitorización hemodinámica invasiva, la terapia de oxigenación por membrana extracorpórea (ECMO), la hipotermia post-parada cardiaca, el coma barbitúrico, el uso de fármacos con potente poder analgésico y, a su vez, con efecto sedante y de depresión de la actividad cerebral, etc.

Por su parte, la medicalización ambulatoria se da con, por ejemplo, ventilación mecánica domiciliaria, diálisis peritoneal o hemodiálisis interdiaria; implantación de dispositivos en el cuerpo como stent en vasos u órganos, válvulas cardiacas y cerebrales, marcapasos cardiacos, estimuladores cardiacos o cerebrales, catéter implantable para administración continua de analgesia; así como el trasplante o reparación de órganos (bypass coronario, stents en vasos u órganos). Todos estos han llevado a la prolongación de la vida de una manera que antes no se imaginaba.

1.1.2. Los cambios sociales, políticos y jurídicos, en especial, luego de la segunda guerra mundial

Como se advirtió anteriormente, en estrecha relación con los avances médicos se encuentran los cambios sociales y políticos que se originaron en el siglo pasado, entre ellos: (i) El auge

del Estado constitucional basado en cartas de derechos para los ciudadanos y en mecanismos para su protección. (ii) El cambio en la medicina de una escuela paternalista hacia una dialógica o autonomista. En el cual sobresale el reconocimiento de la autonomía del paciente a través del consentimiento informado el cual rige la actual relación médico-paciente. De manera correlativa a esto, (iii) la lucha activa de los pacientes por el respeto de sus derechos, en especial de la autonomía para aceptar o rechazar tratamientos e intervenciones, decidir de manera única y soberana lo atinente a su salud y a su vida, así como disponer de ella cuando no la juzgan deseable y tener ayuda para morir cuando no pueden o no desean terminarla por sus propios medios.

A pesar de ello, la solicitud de ayuda a morir desata polémicas morales, éticas y jurídicas. Desde posiciones morales y, en especial, religiosas, se defiende la vida humana como un don sagrado que está fuera del dominio del sujeto, ya que fue obsequiada por un ser supremo, único que puede terminar con ella. A la luz de estas posturas, la no-disponibilidad de la vida es un dogma (Juanatey, 2004). Es decir, una verdad cierta que no admite duda. En cambio, en el ámbito ético y jurídico el debate está abierto. En particular, la discusión sobre (i) la facultad jurídica que tiene una persona para disponer de su propia vida y terminar con ella por sus medios o con la ayuda de otros, y (ii) las implicaciones que pueden existir para los terceros que brindan tal ayuda para morir.

Estas discusiones en torno a la solicitud de ayuda a morir son complejas, no solo por las discrepancias desde estatutos éticos, morales, religiosos y jurídicos, ya que además están las dificultades semánticas de los conceptos que implica su análisis. De manera tácita o explícita, en este tema siempre se involucran términos polisémicos o ambiguos, por ejemplo, eutanasia, suicidio y muerte digna. Por ello sostengo que el primer paso en la discusión sobre la eutanasia debe ser establecer una definición única y clara del concepto, para concretar los aspectos en torno de los cuales se deben librar los debates éticos y jurídicos sobre su legitimidad y la licitud o no de la conducta.

1.2. Reconstrucción semántica de los usos históricos otorgados al término eutanasia

La expresión eutanasia acoge multiplicidad de definiciones y clasificaciones, diferentes entre sí, a veces contradictorias, unas lícitas y otras antijurídicas. La palabra es objeto de manipulación terminológica, por ello, es necesario identificar de qué hablamos cuando hablamos de eutanasia y concretar su significado antes de hacer valoraciones de fondo (Gascón, 2002, p. 58). Sin embargo, la realidad es que las personas suelen hacer uso de este término sin llegar al consenso sobre su contenido y exponen sus posiciones de apoyo o desaprobación desde el disenso conceptual. El consenso en relación con el contenido de esta expresión es el paso indispensable para analizar los elementos que la componen y las implicaciones éticas y jurídicas que de ella se derivan.

Para empezar con esta tarea, un recorrido por la historia permite reconocer los usos y prácticas relacionados con el término eutanasia y aporta criterios para entender por qué en la actualidad suele usarse para calificar con él distintos hechos y conductas. Así mismo, sirve para identificar si la clasificación histórica (eutanasia activa, pasiva, voluntaria, involuntaria, etc), es admisible a la luz de la ética médica y del Estado constitucional o si, por el contrario, en nuestros días el término debe tener un significado unívoco que, permita delimitar la discusión a las cuestiones que emanan del reclamo social actual. A mi juicio, este reclamo reconduce la discusión sobre la eutanasia a determinar si la conducta de producir deliberadamente la muerte de una persona por solicitud de ésta está plenamente justificada en su voluntad de morir y en su sufrimiento. En síntesis esa discusión radica en establecer si una persona que padece sufrimiento irremediable puede disponer autónomamente de su vida y obtener lícita ayuda para morir.

La palabra eutanasia proviene de los términos griegos *eu* (buena) y *thanasía* (muerte). Su traducción literal es buena muerte, expresión que, como se verá a continuación, puede utilizarse para hacer alusión a múltiples situaciones y prácticas. Diego Gracia⁷ (1998, p. 268), médico y filósofo, identificado como autoridad en el mundo de la bioética iberoamericana, en su artículo “*Historia de la eutanasia*” reconoce tres mentalidades en la cultura occidental

⁷ Profesor de la Universidad Complutense de Madrid. Médico especialista en psiquiatría, filósofo y bioeticista.

en torno a ella: ritualizadora, medicalizadora y autonomizadora.

1. En relación con la primera, este autor resalta que algunos momentos de la vida como el nacimiento, la pubertad, el matrimonio y la muerte, son culturalmente considerados de especial trascendencia para la persona. Esto lo sostiene a partir de literatura existente desde la antigüedad de Platón, Aristóteles, Séneca, Suetonio, entre otros, pasando por la modernidad con exponentes como Bacon. Por esta razón a lo largo de la historia, y a través de las culturas, estos acontecimientos se han desarrollado en medio de rituales y liturgias. Estos ritos son diversos y dependen de las creencias de cada grupo o sociedad. Frente a la muerte, por ejemplo, en lo que él denomina culturas primitivas, describe el uso de vinos, químicos, hierbas e inciensos durante su ocurrencia, así como la escasa distinción que ellos realizaban entre matar y dejar morir al moribundo. Otros ejemplos que acoge son la práctica de “despenar” al moribundo o matar de manera piadosa a los hijos menores, cuando eran acechados por los enemigos.

El profesor asocia a la mentalidad ritualizadora la idea de Platón de propiciar muerte a ciudadanos imperfectos, así como la de Aristóteles de matar a “*niños defectuosos*”, por considerar esto un hecho beneficioso para el niño y para la sociedad. También vincula a esta idea las posiciones medievales y renacentistas aprobatorias de rematar a los heridos en guerra como un acto de piedad y misericordia. Del mismo modo, en esta ubica la práctica de la unción de los enfermos propia de los creyentes cristianos, la cual para él “*aparece como un rito de paso de muerte o, mejor, de eutanasia. Su objetivo es «ayudar a morir», hacer posible una «buena muerte».*” (Gracia, 1998, p. 269).

A partir de su estudio, Gracia sostiene que a pesar de la diversidad de rituales en torno a la muerte, todas las culturas coinciden en un propósito: lograr una buena muerte (*eu – thanatos*). En sus palabras “*Este objetivo de ayudar a bien morir se lo han propuesto todas las culturas en sus ritos de paso tanatológicos*” (Gracia, 1998, p. 269)”. Concluye que, vista desde la mentalidad ritualizadora, la muerte no es un hecho natural sino, una creación del hombre, un complejo fenómeno cultural.

Estos ritos han tenido siempre por objeto «humanizar» el proceso del morir, evitando en lo posible el sufrimiento, etc. y, en fin, en los casos desesperados, las culturas no han encontrado otro modo de humanizar la muerte que acelerando directa y voluntariamente su llegada. Los personajes encargados de esto eran en unos casos los familiares, en otros los chamanes, magos o hechiceros, etc. (Gracia, 1998. p. 272).

2. La segunda mentalidad de la eutanasia, descrita por Diego Gracia (1998) es la medicalizadora. La relaciona estrechamente con el nacimiento de la medicina científica en Grecia, momento a partir del cual dar una buena muerte era una misión que correspondía al médico. Desde entonces la eutanasia está ligada a la práctica médica. El profesor señala que, aunque es común afirmar que el objeto de la medicina es salvar vidas y, por ello, la ética médica se opone a la eutanasia, lo cierto es que “*la medicina occidental ha sido desde sus orígenes una ciencia eutanásica.*” (p. 272).

Para sostener esta tesis expone cómo Platón, en *La República*, señalaba que en la ciudad debía establecerse un cuerpo médico que cuidara de los bien constituidos y dejara morir a los enfermizos o deficientes a quienes no debía aplicarse el arte médico (p. 273). Para Platón “*La función de los médicos en la pólis es, pues, estrictamente eutanásica. La sociedad es un «cuerpo, y necesita desprenderse de los "miembros enfermos."*” (Gracia, 1998, p. 274). El papel del médico en la ciudad es político. Esta idea influyó la práctica posterior de la medicina. Así, por ejemplo, Averroes, máximo médico de la edad media, consideraba que la eutanasia debía ser practicada por los médicos, quienes diferenciaban entre defectos curables e incurables para tratar a quienes padecían los primeros y dejar morir a los que padecían los segundos. Las enfermedades que no debían ser tratadas no eran solo las mortales sino las que no permitían el trabajo y la vida en la ciudad.

En su investigación sobre la historia de la eutanasia, este bioeticista español indica que la primera referencia a este término lo hace Suetonio, quien en su obra al referirse al emperador Augusto, afirmó que este siempre pedía para sí y para su familia, en caso de desahucio, una muerte rápida y sin dolor y que de allí derivaría el primer matiz de eutanasia medicalizadora. Eutanasia y desahucio son considerados correlativos o sinónimos en la literatura clásica y,

por tanto, intrínsecamente ligadas al acto médico. A través de la mentalidad medicalizadora el autor expone una estrecha relación a lo largo de la historia entre acto médico y eutanasia. Para demostrarlo además de la alusión a Suetonio, hace referencia a las obras de Seneca⁸, Francis Bacon⁹ y Friedrich Marx¹⁰, entre otros.

De Séneca resalta que, en relación con la función del médico, sostenía que “*no parece dura ninguna curación, cuyo resultado es favorable ... Pero a quienes no han podido prolongar la vida, les facilitan una muerte llevadera*” (Gracia, 1998, p. 277). Sobre Francis Bacon advierte cómo este defendió que el objeto del oficio del médico no era solo restaurar la salud sino también aliviar los dolores que la enfermedad ocasiona. Además, sostuvo que la medicina debe ejercerse cuando “*(...) habiéndose esfumado toda esperanza de recuperación, sirve sólo para conseguir una salida de la vida más fácil y equitativa.*” (Gracia, 1998, p. 278). Finalmente, en relación con Karl Friedrich Marx, destaca su propuesta de enseñar a los médicos a cuidar humanamente al paciente terminal: “*Los médicos tienen que aprender la ciencia de la eutanasia, ya que no son capaces de dar a sus enfermos la «atanasia», es decir, la inmortalidad.*” (Gracia, 1998, p. 278).

A partir de estas obras el autor ponen en evidencia el nexo histórico entre eutanasia y medicina, así como que la medicina, a través de la historia, no ha sido considerada solo como el arte de curar, sino también de dar buena muerte. Con base en estos escritos se descubre una posible fuente de la mentalidad medicalizada y la clasificación conceptual histórica entre eutanasia pasiva y activa. La eutanasia pasiva, entendida como el desahucio por enfermedad incurable y la abstención de tratamiento. Por su parte, la eutanasia activa concebida como el acto de brindar ayuda a una persona para que consiga una salida de su vida dolorosa.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo nuevos adjetivos fueron diversificando, aún más, la concepción de la eutanasia. De acuerdo con Gracia (1998, p. 279) se incorporan a la polisemia de este término, ideologías como la de Adolf Jost, jurista alemán que en 1895 publicó un

⁸ Séneca. *De ira*, L.I, c.6,2 y 4.

⁹ F. Bacon. *Avance de la ciencia*, IV;2.

¹⁰ Tesis doctoral de la Universidad de Gotinga, titulada “*Euthanasia Medica*”,

libro¹¹ en el que argumentó que “*el control sobre la muerte de los individuos debe pertenecer en última instancia al organismo social, al Estado*”. Así mismo, a los pensamientos del jurista y filósofo Karl Binding y del médico- psiquiatra Alfred Hoche quienes en 1920¹² sostuvieron que el Estado en cabeza de los médicos tiene permiso para destruir las vidas carentes de valor vital. “*Por «vidas sin valor vital» entienden los autores no sólo las de los enfermos incurables sino también las de la mayor parte de los enfermos mentales, los retrasados psíquicos y los niños retardados y deformes.*” Según expone Diego Gracia, Binding y Hoche defendieron la idea de que matar a estas personas es una conducta compasiva acorde a la ética médica, es un “*acto permisivo y provechoso*” puesto que ya están muertas y representan un enorme costo para la sociedad. Ellos “*profesionalizan y medicalizan completamente el concepto, dándole un contenido estrictamente «terapéutico»: destruir la vida sin valor vital es, dicen, «sólo un tratamiento sanador» y una «obra higiénica».*” (Gracia, 1998. p. 279).

Como puede intuirse, las anteriores ideas dieron lugar a una concepción eugenésica de la eutanasia y fundamentaron muchas de las prácticas médicas realizadas durante la segunda guerra mundial. Pero luego de esto se ha constituido un amplio catálogo de derechos de los pacientes en el ordenamiento jurídico internacional, el cuál proscribía la “*eutanasia eugenésica*”. No obstante, en la actualidad detractores de la eutanasia suelen reducirla a ser una conducta eugenésica para hacer recaer sobre el término fuertes animadversiones.

3. Finalmente, en su obra el profesor Gracia describe la mentalidad autonomizada de la eutanasia. La define como actual, instituida en el reconocimiento de la autonomía del paciente. Señala que la idea de buena muerte desde la antigüedad, hasta la segunda guerra mundial, estuvo circunscrita a razones de orden político, social, eugenésico, pero que, ahora debe ser analizada desde la posibilidad ética y jurídica de “*dar una respuesta positiva a quien desea morir y pide ayuda a tal efecto*” (Gracia, 1998, p. 281).

¹¹ *Das Recht auf den Tod*

¹² Karl Binding und Alfred Hoche. *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Mass und ihre Form*, Leipzig, F.Meiner, 1920. Cf. Ernst Klee, *Euthanasie im NS-Sraat: Die Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Frankfurt/M, S. Fischer, 1983.

Bajo la mentalidad autonomizada el debate sobre la eutanasia debe girar en torno a la posibilidad que tiene la persona de decidir sobre su salud, los tratamientos médicos que recibe y, en especial, sobre su propia vida. Es decir, la autonomía de la persona se ubica en el centro de la discusión. Así que puede sostenerse que en esta mentalidad se enmarca la discusión que suscita la actual demanda social por la licitud ayuda a morir. Nos concentraremos más adelante en este tema, pues aquí radica la tesis central de la presente investigación.

Por su parte, el profesor José Manuel Caamaño¹³ siguiendo de cerca a Diego Gracia, pero bajo una metodología diferente, ubica las distintas concepciones del término eutanasia en tramos históricos, desde el siglo V a.C. hasta la actualidad. Él otorga tres sentidos atribuidos a la expresión y los ubica en periodos históricos distintos: eutanasia equívoca (S. V a.C. a Siglo I d.C.), eutanasia unívoca-situacional (S. I d. C a S. XVII) y eutanasia unívoca-práctica (Siglo XVII a S.XXI). En los períodos delimitados por Caamaño resalta el uso, las elongaciones o contracciones del concepto eutanasia, así como su significado dependiendo del momento y del contexto histórico. A diferencia de Diego Gracia que indica que las primeras alusiones al término eutanasia se atribuyen a Suetonio, Manuel Caamaño señala que las referencias históricas pueden remontarse al siglo V a.C.

1. En el primer período (S. V a.C. a Siglo I d.C.) Caamaño expone una definición “*equívoca*” del término, en tanto no se asocia a una práctica o conducta precisa, aquí “*el concepto de eutanasia tiene una gran pluralidad de significaciones diferentes e irreductibles a ninguna práctica concreta, cosa que refleja bien el amplio abanico de autores que lo utilizan*” (Caamaño, 2012, p. 183). Llega a esta conclusión luego de revisar escritos de diversos autores griegos, entre ellos, poetas e historiadores como Cratino, Menandro, Posidipo quienes se refirieron a la eutanasia bajo diferentes concepciones, a saber: el primero la entendió como “*morir disfrutando de las cosas buenas de la vida, tales como comer bien, vivir bien, etc*”; el segundo como “*perfección moral en la vida*”; y el tercero como “*una forma noble, digna e incluso valiente de morir*”. Otras nociones del término en esta época vincularon definiciones entre sí, por ejemplo, Crisipo adhirió la idea de buena muerte a la de perfección moral. A esta concepción se acogieron Aelio Teón y Clemente de Alejandría, entre otros personajes del

¹³ Profesor de teología de la Universidad Pontificia de Comillas. Master en bioética y doctor en teología.

mundo griego.

Luego de la revisión griega, Caamaño realiza un paso ligero por la historia romana, allí también encuentra un contenido y uso particular del término eutanasia. Por ejemplo, según él, para Cicerón el significado de eutanasia era el de una muerte noble y sin cobardía, mientras que Suetonio “*no entiende ya la eutanasia en sentido moral, sino como una muerte rápida y sin dolor*”. El autor resalta que la concepción de Suetonio en cierta medida se ha conservado hasta nuestros días. De este periodo destaca (i) la frecuencia con la cual es usado el término; (ii) la existencia de una aspiración común a la eutanasia por ser entendida como buena muerte, desde la particular manera de concebir lo bueno y; (iii) la pluralidad de sus significados, sin que puedan ser circunscritos a una práctica concreta. Concluye que,

la eutanasia nunca se identificó entre los siglos V a.C. y I d.C. con una práctica concreta sobre la vida de alguien, sino que describía una situación considerada precisamente como buena muerte. Por eso era algo deseable por todo el mundo (Caamaño, 2012, p. 187).

Caamaño señala que, en el mundo griego, la eutanasia tuvo pluralismo de significados y que los autores romanos transcribieron y mantuvieron la forma griega, por lo que “*no encontramos ningún concepto latino que traduzca y concrete el significado de la forma original griega de eutanasia.*” (Caamaño, 2012, p. 185). Esta época de la “*eutanasia equívoca*” desarrollada por Caamaño, coincide con la descripción hecha por Dietrich von Engelhardt (2002, p. 57), quien sostiene que “*en la antigüedad, eutanasia significaba, en esta perspectiva, una muerte honrosa y agradable (“felici vel honesta morte mori”), no así término de la vida activa*”, además ésta era considerada como algo positivo.

2. La segunda etapa descrita por el profesor de teología es la “*unívoca-situacional*” (S. I – S. XVII). El autor reconoce en este periodo el inicio de una contracción en la definición del término eutanasia. Considera que aquí se impone el sentido dado por Suetonio de “*una muerte suave y tranquila, perdiendo así toda la polisemia que había tenido anteriormente*” (2012, p. 188). En esta etapa cita a Francis Bacon para resaltar de sus escritos (*De dignitate*

et augmentis scientiarum – 1605) una idea unívoca de eutanasia en plena consonancia con la de Suetonio.

Afirma que Bacon sostuvo que si los médicos “*no quieren faltar a su oficio e incluso a la humanidad, deben adquirir las habilidades y prestar atención a cómo puede el moribundo dejar la vida más fácil y silenciosamente*” (Caamaño, 2012, p. 188). Esta concepción de Bacon tiene unas características fundamentales: muerte suave y tranquila, sin dolor ni sufrimiento, en un contexto médico, se procura en pacientes desahuciados o moribundos, pero sin que ello implique acabar con la vida. Es decir, el término eutanasia se contrae hasta reducirse a describir una situación deseada y buscada por el enfermo que sufre, cuyo dolor ya no tiene cura y que busca en el cuidado médico su mitigación. Podría decirse que la definición “*unívoca-situacional*” descrita por Caamaño se asocia a la conducta médica que a partir de la clasificación histórica hoy se entiende como eutanasia activa indirecta, lo que a mi juicio solo debería ser llamado cuidado paliativo u ortotanasia.

3. Por último, el autor desarrolla el concepto de lo que él denominó eutanasia “*unívoca-práctica*” (S.XVII-S.XXI). Señala que esta época se caracteriza porque en ella el término se usa con mayor frecuencia, en especial en la literatura¹⁴. El significado se reduce o contrae a una práctica concreta (un acto específico), que según la intención con la que se realiza puede denominarse como activa o pasiva, pero nunca hace referencia al acto de acabar deliberadamente con la vida de otro. Para él, ésta última práctica se introduce recientemente en la discusión sobre eutanasia (Caamaño, 2012, p.191). Para representar la idea predominante en esta época expone el escrito del médico alemán, K. F. Marx quien señalaba a la eutanasia como la ciencia que frena los rasgos agresivos de la enfermedad, propicia alivio del dolor, da serenidad, pero sin que ello de permiso al médico, a pesar del sufrimiento o el reclamo del paciente, para cesar con su vida (Caamaño, 2012, p. 191).

¹⁴ En su obra Caamaño cita varias obras, entre ellas: Cf. V. ROELCKE, “*Ars moriendi*” und “*euthanasia medica*”: *Zur Neukonfiguration und ärztlichen Aneignung normative Vorstellungen über den “gu- ten Tod” um 1800*; N. PARADYS, *Oratio de euthanasia naturali et quid ad eam conciliandum medicina valeat*, Lugdunum, Leyden 1974; K.F.MARX, *De euthanasia medica*, Prolusio Academica, Gottingae 1826; I. STUBENDORFF, *De euthanasia medica*, Dorpati Libonorum, Tartu 1836 y; K. F. MARX, *Medical Euthanasia*: *Journal of the History of Medicine and Allied Sciences* (1972).

Esta descripción que hace el autor de la progresiva contracción del contenido del término eutanasia a través de las obras literarias, lleva a que a la expresión se le identifique fundamentalmente con dos actos: i) implementación de mecanismos para aliviar el dolor y el sufrimiento y ii) no intervención en el proceso de muerte. A partir de una clasificación histórica, la primera sería una eutanasia activa indirecta, mientras que la segunda, haría alusión a la eutanasia pasiva. Sin embargo, considero que a la luz de la *lex artis* estas conductas serían mejor denominadas como la muerte que se da en el escenario de cuidado paliativo o la que se presenta en medio de la reorientación terapéutica, actos médicos en los cuales la intención no es ocasionar la muerte, como se ampliará más adelante.

Podría decirse que durante la última etapa descrita por Caamaño aparece la incorporación de nuevos adjetivos al sustantivo eutanasia. En primer lugar, en virtud de la intención del agente: directa e indirecta; en segundo lugar, en razón de la conducta: pasiva y activa. En ésta etapa los conceptos de eutanasia en sus distintas variedades se concretizaron en la descripción de una práctica y de la intención del agente, razón por la que le dio a esta época la denominación de “Unívoca-Práctica.” “*La diferencia reside no sólo en la práctica misma, sino sobre todo en la intención y finalidad que se pretende (...). En el fondo es la “intención del agente” la que permite diferenciar las distintas maneras de entender la eutanasia.*” (Caamaño, 2012, p. 192).

Vale la pena resaltar que, en el recuento histórico del término realizado por este autor, no se incluye la conducta activa de ocasionar la muerte a un paciente por su propia solicitud. Así, un supuesto queda por fuera de las definiciones identificadas por él, aquel en el cual una persona que padece sufrimientos pide que se termine con su vida y se le proporcione ayuda para tal propósito. Este supuesto, desde la construcción histórica de la clasificación del término se denominaría *eutanasia activa directa voluntaria*. Su falta de incorporación en el recuento histórico realizado por Caamaño puede deberse a que, como ya se señaló, este hecho-fenómeno adquirió relevancia solo en las últimas décadas por los avances de la medicina y la lucha de los pacientes por la defensa de sus derechos, en particular, el ejercicio de su autonomía. Es en este periodo que se asocian otros adjetivos al término eutanasia, en relación con la voluntad del enfermo, tales como: voluntaria, no voluntaria, sin conocimiento

de la voluntad.

El análisis de las mentalidades en torno a la eutanasia, así como el recuento histórico de las prácticas asociadas a ella, realizados por los profesores Diego Gracia y Juan Manuel Caamaño, sirve a esta investigación para esclarecer a qué nos referimos o debemos referirnos cuando hablamos de eutanasia. De dónde deriva la taxonomía impuesta al término y la vigencia del significado, tanto desde su raíz etimológica como desde la clasificación que a lo largo de la historia se le asignó. Así como la necesidad o no de una re-conceptualización a la luz de los debates éticos y jurídicos actuales. Lo que pretendo en este capítulo es concluir que en la actualidad solo debería hablarse de eutanasia, sin admitir clasificaciones. El concepto actual solo debería abarcar a aquel que, desde una clasificación histórica, sería denominado eutanasia activa, directa y voluntaria.

Si bien, el profesor Caamaño en su obra considera que en la actualidad el término eutanasia ha logrado una definición unívoca, por la contracción que ha sufrido su significado, y que según esta contracción se permite la concreción de la expresión en dos variables según: i) la práctica a la que se le asocie o ii) la intención del agente. En realidad, en la actualidad la multiplicidad de situaciones que se denominan con esta palabra va más allá de estas dos variables, por lo que no es posible acoger su conclusión. En nuestra época, no se usa de manera inequívoca la expresión eutanasia, a pesar de que el hecho más comúnmente relacionado con este término es el de la eutanasia activa, directa y voluntaria y esto quizá sea por el eco que genera la actual demanda social por su licitud. Considero que, en virtud de este reclamo social, que consiste en la posibilidad jurídica de un paciente que padece sufrimientos de disponer libremente de su vida, en ejercicio de su autonomía y contar con ayuda médica para morir de manera lícita, si es posible establecer la univocidad de la expresión.

1.3. Clasificación de usos históricos y contemporáneos vinculados al vocablo eutanasia

A pesar de la necesidad de restringir de ambigüedad y polisemia a la expresión eutanasia, la realidad es que en la actualidad se sigue haciendo uso del término con la variedad de adjetivos que se le adjudicaron luego del siglo XVII. Una clasificación actual del término hace una división a partir de la conducta e intención del agente, y a partir de la voluntad del destinatario de la acción. Esta taxonomía, *grosso modo*, se plantea así: **(1) según la conducta o intención del agente**: (a) eutanasia activa, hace referencia a la muerte proveniente de la ejecución de una conducta. En esta categoría se distinguen a su vez dos modalidades según la intención del agente, en activa directa y activa indirecta. Se trata de *eutanasia activa directa*, cuando la intención de la realización del comportamiento es ocasionar la muerte (administración deliberada de fármacos letales). Por el contrario, se habla de *eutanasia activa indirecta* si la intención con el comportamiento no es ocasionar la muerte, pero ella se presenta como resultado de la conducta, es decir, la muerte ocurre sin la intención del agente y con independencia de la voluntad del paciente. Este supuesto suele asociarse, a mi juicio, erróneamente a la muerte que acontece en el contexto del cuidado paliativo. (b) El término eutanasia pasiva hace alusión a la muerte ocasionada por conductas omisivas y suele confundirse, de manera equivocada desde la posición que defiende, con la muerte que ocurre en el contexto de la limitación terapéutica o reorientación del esfuerzo terapéutico por futilidad.

(2) Según la voluntad del sujeto pasivo, puede ser: (a) eutanasia voluntaria, cuando el paciente solicita y consiente en su muerte, (b) eutanasia involuntaria, cuando no se conoce la voluntad del paciente y, (c) eutanasia no voluntaria, cuando la conducta se desarrolla en contra de la voluntad del paciente. Estas modalidades suelen combinarse para conjugar la intención del agente y la voluntad del paciente. Así, es común que se hable de (i) eutanasia activa, directa, voluntaria para señalar la muerte que se ocasiona con la intención del agente y por solicitud del paciente. (ii) Eutanasia activa, directa e involuntaria, es la muerte que se causa con la intención del agente, pero sin conocer la voluntad del paciente. Por último, (iii) eutanasia, activa y no voluntaria, es la muerte ocasionada con la intención del agente y contra la voluntad del paciente.

Es decir, en la actualidad es común encontrar que se mantiene la construcción histórica que hace una distinción entre eutanasia activa, pasiva, voluntaria, involuntaria y no voluntaria¹⁵. Esta clasificación en nuestros tiempos, a mi juicio, no es apropiada. De hecho, algunos sectores la acogen y sobre ella estructuran discursos morales, éticos y jurídicos a favor de unas formas y en contra de otras¹⁶. Esta situación genera grandes dificultades, en especial, en el consenso sobre cuáles son los puntos de discusión y análisis que deben debatirse al abordar el problema jurídico de la eutanasia.

Como ya se ha advertido, la expresión eutanasia requiere una re-conceptualización que tenga un significado único, sin clasificaciones. Lo anterior podría lograrse dando una definición al término que atienda a la actual lucha y reclamo de los pacientes por el respeto de su autonomía, hecho en torno al cual si existe un debate pendiente por resolver. A partir del actual reclamo de los pacientes de poner fin a su vida con ayuda médica, las definiciones que más se acercan a una ideal son las planteadas por Caamaño y Diego Gracia. El primero sostiene que es la: “*actuación directa sobre la vida de una persona con el fin de acabar con ella a petición de ésta para así poner fin a unos sufrimientos que considera insoportables*” (Caamaño, 2012, p. 209) -subraya fuera de texto-. Es decir, bajo el término solo debería quedar acogido el supuesto que en la actualidad algunos describen como eutanasia activa, directa, voluntaria. Por su parte, el profesor Diego Gracia afirma (1998).

Por eutanasia hoy se entiende la actuación en el cuerpo de un paciente, a petición expresa de éste, con la intención de poner fin a su vida. Hoy no tiene sentido hablar

¹⁵ Esta clasificación se expone, por ejemplo, en: Corte Constitucional, sentencia T- 970 del 2014, Gascón Abellán (2002, pp. 9-10), Rengifo Varona, 2019, (p.85) y Juanatey, 2004 (pp. 129–131).

¹⁶ Por ejemplo, Mauricio Correa (2006) afirma que: “(L)a eutanasia se convierte en un problema moral por cuanto es siempre una forma de homicidio, pues implica que un hombre da muerte a otro, ya mediante un acto positivo, ya mediante la omisión de la atención y el cuidado oportuno cuando es necesario para conservar su vida sin menoscabo de su dignidad” (pp. 448 y 249), con fundamento en lo anterior, este autor sostiene que: “no es eutanasia (...) el aplicar un tratamiento necesario para aliviar el dolor, aunque acorte la expectativa de vida del paciente, como efecto secundario no querido” (p. 249). Esto entra en consonancia con los postulados de la iglesia católica que, funda la definición de eutanasia en la intención de causar la muerte por parte del agente. En la carta encíclica *Evangelium Vitae*, el sumo Pontífice Juan Pablo II (1995), afirmó: “Por eutanasia en sentido verdadero y propio se debe entender una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor. « La eutanasia se sitúa, pues, en el nivel de las intenciones o de los métodos usados»”(negrilla y subraya fuera de texto). Por su parte, Carlos Novoa (2012), en debate sobre la eutanasia con Carlos Gaviria, en el programa periodístico *Dos Puntos*, afirmó que, la iglesia católica no está de acuerdo con la eutanasia, pero sí con la muerte digna. Entendida ésta última como la que se da como el resultado no querido de la administración de un tratamiento para el alivio de dolor (minuto 10 a 10:20’).

de eutanasia más que cuando se da el requisito de la petición expresa y reiterada del paciente (p. 265 – 266) -subraya fuera de texto-.

A mi juicio, la definición actual de eutanasia debería ser: acto médico encaminado a terminar de manera activa y deliberada con la vida de un paciente, por solicitud de éste, a causa del sufrimiento irremediable que le ocasiona una enfermedad grave, crónica, degenerativa e incurable o un padecimiento grave, crónico, incurable e imposibilitante, incompatible con su propia idea de dignidad. Al delimitar el significado de la expresión, el debate se centraría en definir la posibilidad ética y jurídica que tienen los pacientes de disponer voluntariamente de su vida y, la licitud de brindar ayuda médica en este propósito.

1.4. Validez de la denominación de conducta eutanásica de los conceptos de limitación, reorientación del esfuerzo terapéutico y sedación paliativa

Como se expuso anteriormente, la clasificación de eutanasia en activa (directa e indirecta) y pasiva apareció con el paso de los siglos, desde el XVII hasta la actualidad. Durante este transcurso histórico la práctica de la medicina no alcanzaba el desarrollo tecnológico y farmacológico actual; por lo tanto, aplicar las distinciones de eutanasia no comportaba mayor dificultad. Sin embargo, el nacimiento de la medicina intensiva, que se da a partir de los años 60, hizo posible prescindir de funciones autónomas del cuerpo y reemplazarlas por asistencia biomédica, con equipos como ventiladores, máquinas de diálisis, marcapasos, etc. Los procesos como parada cardíaca, falla renal y falla respiratoria, que antes conducían a la muerte de manera inevitable, se vieron contenidos por terapias como la reanimación cardiopulmonar, la ventilación mecánica y la diálisis, por mencionar algunos ejemplos.

Así quedaron atrás conceptos como el de desahucio y muerte natural, dando paso a otros como el de medicina crítica, enfermedad terminal, medicina paliativa, etc. Los avances de la medicina y la sustitución de las funciones vitales han alcanzado tal dimensión que fue necesario redefinir el concepto de muerte. Anteriormente ésta se asociaba a parada cardíaca, mientras que en la actualidad se define a partir del cese de las funciones cerebrales (Mendoza

del Solar, 2008, p. 27). Con estos desarrollos el médico comenzó a tener un manejo efectivo de la muerte (Gracia, 1998, p. 249), pero correlativamente empezó a presentarse rechazo a este hecho, por algunos pacientes y grupos sociales que los representa.

Antes de esta era científica y tecnológica, los dilemas éticos no alcanzaban la complejidad que hoy conllevan, por ejemplo: suspender la ventilación mecánica o la terapia ECMO en una UCI; catalogar a un paciente como no candidato a maniobras de reanimación avanzada; definir la solicitud de suspensión de ventilación mecánica en casa del paciente con esclerosis múltiple o la del paciente con trauma raquímedular que, luego de pasar muchos días en UCI, tiene una condición final de tetraplejia, o con la del que sufre un daño axonal difuso y regresa a su hogar con traqueostomía, gastrostomía y asistencia ventilatoria. Antes estas condiciones eran devastadoras y fulminantes, no comportaban un dilema pues el paciente no sobrevivía a ellas de manera natural, ahora, sin embargo, es posible sobrevivir por mucho tiempo a estos eventos mediante dispositivos y tratamientos médicos.

Así pues, los debates éticos y jurídicos anteriores no se enfrentaban a estas tecnologías que, en muchos casos, aumentan la incertidumbre en cuanto a la probabilidad de vida, en especial de vivir con independencia y calidad, o en las palabras de Diego Gracia (1998, p.281), la posibilidad de tener una vida sin expropiación del propio cuerpo. Todos estos son, sin duda, dilemas a los que se enfrenta la bioética de los confines de la vida, pero no es posible analizarlos en su totalidad dentro de la discusión sobre eutanasia. Al interior de la ciencia médica, en el marco de la *lex artis* y de los deberes médicos, se desatan polémicas en relación con la selección de terapias, la determinación de indicación de tratamientos *versus* su contraindicación, así como la reorientación terapéutica, dentro de las cuales se reconoce la competencia del paciente para aceptar o rechazar los tratamientos ofrecidos.

Por el contrario, la eutanasia suscita discusiones en torno a (i) la facultad de una persona para disponer de su vida y, (ii) la existencia o no, del deber médico o por lo menos la justificación jurídica de ayudar en dicho propósito. En nuestros tiempos, el término eutanasia exige una re-conceptualización alejada de sus raíces etimológicas y de los usos históricos que se le ha dado, para adoptar un significado que recoja el reclamo social que sostiene el debate jurídico

y ético vigente en torno a ella. Este reclamo consiste en la posibilidad constitucional de disponer de la vida (muerte voluntaria), así como de establecer las implicaciones del sufrimiento en la libre disposición de la vida y la justificación de la ayuda de terceros en la muerte voluntaria (eutanasia y ayuda al suicidio). En síntesis, la demanda social exige un fuerte debate ético y jurídico en torno a la disponibilidad de la vida por parte de su titular y la licitud de la ayuda a morir. En cambio, esta discusión no es pertinente, ni necesaria en los ámbitos del cuidado paliativo y de la proporcionalidad terapéutica. En realidad, estos últimos términos tienen correspondencia directa con los conceptos de sedación paliativa, limitación del esfuerzo terapéutico y reorientación terapéutica que, desarrollados a la luz de la *lex artis*, no deben admitir reproche ético ni jurídico.

A pesar de que los conceptos de sedación paliativa, limitación del esfuerzo terapéutico y reorientación terapéutica incluyen dentro de su propósito dar una buena muerte al paciente y que esto coincide con la raíz etimológica de la palabra, ello no es suficiente para darle a estas prácticas la connotación de eutanasia. Como insistentemente se ha dicho, estos actos no recogen el reclamo social de los pacientes que consiste en la posibilidad de recibir ayuda directa para morir cuando no desean seguir viviendo por el sufrimiento que padecen. Además, estas prácticas se encuentran ampliamente aceptadas dentro de la *lex artis*. Para comprenderlo mejor, profundizaremos en estos conceptos a la luz de los principios éticos que rigen el ejercicio de la medicina:

1.4.1. La reorientación o limitación del esfuerzo terapéutico como instrumentos que maximizan los principios de no maleficencia y justicia

Los desarrollos de la medicina y la excesiva manipulación del cuerpo han dado lugar al surgimiento de interrogantes cómo: ¿hasta cuándo se puede intervenir el cuerpo? ¿cuándo se debe avanzar en una terapia, pero, ante todo, cuándo se debe parar? Las respuestas no son sencillas. En primer lugar, una formación clásica de la medicina sostiene la idea de que, mientras haya vida hay esperanza y, con ello, la existencia del deber médico de combatir la

muerte y conservar la vida, incluso a cualquier costo¹⁷. Bajo este pensamiento operan el imperativo terapéutico y el imperativo tecnológico¹⁸. En segundo lugar, la medicina no es una ciencia exacta, es decir, no se basa en tesis dadas con grado de certeza, sino, solo en grado de probabilidad a partir del ensayo clínico, o sea, la medicina se basa en la evidencia¹⁹. Esto puede implicar enormes dificultades para establecer cuándo parar. No obstante, el desarrollo de principios éticos para el ejercicio de la medicina como lo son los de beneficencia, no maleficencia, justicia y autonomía, dan pautas para encontrar estas respuestas.

Lo anterior quiere decir que las decisiones médicas siempre se toman bajo condiciones de probabilidad y nunca de certeza. Existen tres criterios entre los cuáles transitan estas decisiones: indicado (útil), no indicado (inútil), contraindicado (dañino). En el primer criterio se ubican los tratamientos tecnológicos o farmacológicos, cuya instalación o administración representan una ventaja para la salud del paciente. Utilidad es un sinónimo de beneficio, por eso aquí el principio que opera es el de beneficencia. El médico y, en general, el equipo de salud, están llamados a la implementación de tratamientos útiles/beneficiosos. Por el contrario, el tratamiento contraindicado es aquel que ocasiona daño al paciente o en el que el daño que se genera es mayor que el beneficio. Estos tratamientos no deben ser iniciados o continuados. La contraindicación de un tratamiento surge en virtud de la prohibición de hacer un mal, es decir, del principio de no maleficencia.

Queda entonces un interregno en el que se ubican los tratamientos que no ocasionan daño, pero que tampoco otorgan beneficio y que, si excepcionalmente lo hacen, este es ínfimo, me refiero a los tratamientos no indicados (inútiles). En este escenario, opera el principio de justicia para la toma de decisiones. Esto implica que, a la hora de considerar un tratamiento sobre el cual no se tiene un grado aceptable de probabilidad de obtener un beneficio o el

¹⁷ La Ley 23 de 198, en su artículo 13 evidencia que la norma acoge esta postura. El citado artículo señala: “El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad (...)”

¹⁸ La inclinación de médicos, paciente o familiares a sentirse obligados a utilizar tratamientos o tecnologías disponibles o a intensificarlos, aunque no proporcionen un beneficio, cuando no existen alternativas.

¹⁹ El método utilizado por la medicina para construir su conocimiento es el empírico, puntualmente la observación de casos clínicos. A partir de ello se construyen hipótesis estadísticas que, en grado de probabilidad, determinen la eficacia o no de un tratamiento en determinadas condiciones.

beneficio es irrelevante, será necesario acudir a la justicia. Esto es, cuidar y distribuir los recursos de salud, dando a cada quien lo que merece o necesita, según su condición clínica, ponderar el costo económico de la intervención y determinar si es excesivo en comparación con la mínima posibilidad de beneficio que tiene el paciente, lo cual haría injusta su implementación.

La limitación del esfuerzo terapéutico y la reorientación terapéutica (dejar morir), son actos médicos que responden principalmente a los principios que rigen el ejercicio de la medicina, en especial a los de no maleficencia y justicia. La limitación del esfuerzo terapéutico consiste en no hacer, por ejemplo, no intubar, no reanimar, no iniciar diálisis; mientras que, la reorientación se caracteriza por el cambio en el plan terapéutico. Ambas ocurren (i) cuando se juzga que no hay beneficio en iniciar un tratamiento o en continuar con uno ya instaurado, (ii) cuando iniciar o continuar un tratamiento implica ocasionar un daño mayor (no maleficencia) o (iii) cuando un tratamiento resulta excesivamente costoso en comparación con el beneficio. Su determinación exige la aplicación rigurosa del juicio clínico, la valoración de indicación o contraindicación del tratamiento en las condiciones específicas de cada paciente y la evaluación constante de los planes terapéuticos a la luz de la *lex artis*. El propósito de la limitación del esfuerzo terapéutico y la reorientación terapéutica es evitar la futilidad o distanasia.

De acuerdo con Swetz et al (2014, p. 843) por futilidad puede entenderse la “*intervención médica excesiva (en términos de esfuerzo y gastos) con pocas posibilidades de cambiar la evolución final del paciente*”²⁰ [traducción propia]. Son las medidas terapéuticas desproporcionadas, en relación con el beneficio que otorgan y que, ocasionan perjuicio, que son maleficientes o injustas. Entre las razones de su desproporción, de acuerdo con Mendoza del Solar, están que: “*su utilidad es muy escasa, la probabilidad de conseguir su efecto es remota, el paciente estima que no le producirá ningún beneficio o, simplemente, su excesivo costo comparado con la ínfima probabilidad de que alcance el efecto deseado.*” (2008, p. 31). Este último autor establece una definición en la que incluye razones de primer y de

²⁰ El texto original en inglés es el siguiente: “*the following recognizably noncomprehensive definition of medical futility: excessive (in terms of effort and finances) medical intervention with little prospect of altering a patient’s ultimate clinical outcome.*”

segundo nivel para definir la utilidad de un tratamiento. En las de primer nivel está el concepto médico, el cual se valora como objetivo y cuantitativo, basado en el conocimiento científico. En el segundo nivel están el concepto del paciente y la apreciación que este realiza en cuánto al beneficio que le otorgará el tratamiento y, el aspecto socioeconómico, en el que se deben considerar las implicaciones económicas para el paciente y la familia o para el sistema de salud. De este modo define la futilidad como:

«cualidad de aquel acto médico cuya aplicación está desaconsejada en un caso concreto porque no es clínicamente eficaz, no mejora el pronóstico, síntomas o enfermedades intercurrentes, o porque produciría previsiblemente efectos perjudiciales razonablemente desproporcionados al beneficio esperado para el paciente o sus condiciones familiares, económicas o sociales.» (2008, p. 26).

En síntesis, un tratamiento se torna fútil cuando (i) está contraindicado, es decir, es maleficente y cuando (ii) no siendo indicado pero tampoco maleficente, no es útil por lo que transgrede el principio de justicia. *“Por eso, no es del todo exacto identificar la futilidad con la inutilidad absoluta, pues un tratamiento que puede efectivamente proporcionar algún beneficio marginal y tener, por tanto, cierta utilidad, puede, por su costo excesivo, ser considerado fútil”* (Mendoza del Solar, 2008, p. 28). Lo contrario de indicación: utilidad-beneficio, es futilidad. En mi criterio, la ética médica proscribire esta conducta, pues es una negación de los principios básicos de la medicina de no maleficencia y justicia. *“No todos los tratamientos atractivos cambian la evolución del paciente”* (Swetz et al, 2014, p. 949) [traducción propia] y *“no todo lo técnicamente posible es éticamente correcto”* (Gracia, 1998, p. 257). En este punto es preciso aclarar que, la futilidad no puede predicarse de tratamientos en general, sino de tratamientos en casos concretos, dadas las condiciones específicas de un paciente y de su entorno.

Sin embargo, muchos médicos difieren la toma de decisiones clínicas queriendo llegar a grados de certeza en cuanto al resultado de una terapia, lo cual como ya se ha dicho no es posible. Con ello prolongan la vida de manera inútil o excesivamente gravosa para el paciente y su familia, pues en el tratamiento administrado no hay beneficio, por el contrario, se

ocasiona un perjuicio. Así llegan a límites como el encarnizamiento terapéutico. El médico queriendo ser prudente, o a veces, anteponiendo sus valores culturales, espirituales o convicciones personales, posterga la toma de decisiones y mantiene terapias ya iniciadas que en el paciente han dejado de reportar beneficio como podría ocurrir con la ventilación mecánica, la terapia de diálisis o el soporte hemodinámico, cayendo sutilmente en la futilidad. También puede ser que, no prolonguen un tratamiento, sino que lo inicien. Tal podría ser el caso de hacer reanimación cardiopulmonar, realizar intubación orotraqueal o empezar diálisis a pacientes que no se benefician con esto, recorriendo el mismo camino hacia la futilidad.

No obstante, el médico está llamado a evaluar permanentemente el beneficio que conlleva el tratamiento instaurado, sea este hospitalario o ambulatorio. Así mismo, a prever escenarios futuros y determinar la indicación de los tratamientos que podrían contemplarse en dichos escenarios. En las unidades de cuidado crítico la respuesta al tratamiento suele evaluarse con más prontitud que en cualquier otro servicio médico. Es un deber del médico y del equipo de salud, en especial en estos lugares, prever las situaciones más graves por las que podría cursar cada paciente como la falla respiratoria, la falla renal, el paro cardíaco y establecer con anticipación, la indicación o no de intubación, diálisis o reanimación, por citar algunos ejemplos.

Cuando se evalúa un tratamiento vigente y se determina que no está ofreciendo el beneficio esperado deberá suspenderse o cambiarse, v.gr. terminar la terapia de diálisis continua al paciente internado en UCI, porque no está reemplazando efectivamente la función del riñón o parar el balón de contra pulsación intraaórtico (BCPIA) o la terapia ECMO, porque no se evidencia mejor funcionamiento cardíaco o pulmonar. Es decir, cuando la terapia no reporta utilidad significativa y solo sostienen la vida gravosamente, sin posibilidad de vida con independencia de estos dispositivos o de retiro progresivo de los mismos, la terapia debe ser detenida o cambiada. A esto se denomina *reorientación terapéutica*. Un tratamiento en un momento determinado pudo mostrar resultados y, sin embargo, con el paso del tiempo dejar de ser eficaz. El médico deberá identificar esta situación y actuar.

Por otro lado, cuando se define que un paciente, en atención a su mal estado clínico y el nulo beneficio que le otorgarían terapias como, por ejemplo, la intubación traqueal (IT), la reanimación cardiopulmonar (RCP), el ingreso a UCI, la diálisis o el trasplante, el médico deberá establecerlo claramente, a esto se le denomina *limitación del esfuerzo terapéutico*. Ambas conductas médicas, la reorientación terapéutica y la limitación del esfuerzo terapéutico, se dan, en primer lugar, en virtud del principio de no maleficencia y, en otros casos, atendiendo al principio de justicia, como ya se dijo.

Es por esto que, aunque suelen equipararse los debates en torno a la eutanasia y la futilidad terapéutica dándoles el mismo trato, estas son cuestiones distintas. La eutanasia versa sobre los principios de beneficencia y autonomía. El debate gira, principalmente, en torno a quitar procedimientos que aún podrían tener alguna utilidad y realizar actos con el propósito de ocasionar la muerte, atendiendo explícitamente a la voluntad del paciente. En cambio, para evitar la futilidad las decisiones se toman, primordialmente, en virtud del principio de no maleficencia y dependen, ante todo, del criterio médico para establecer la desproporcionalidad entre el riesgo – beneficio existente en la continuación o el inicio de una terapia²¹.

Existe la tendencia a mezclar ambos, en la idea de que todo procedimiento que interrumpe medidas de soporte vital es sin más eutanásico. Pero esto no es cierto. Por eutanasia hoy se entiende la actuación en el cuerpo de un paciente, a petición expresa de éste, con la intención de poner fin a su vida. Hoy no tiene sentido hablar de eutanasia más que cuando se da el requisito de la petición expresa y reiterada del paciente (Gracia, 1998, p. 265 – 266).

En consonancia, Belloc & Girbes (2010), sostienen que es necesario establecer diferencias entre terminar activamente con la vida de un paciente (eutanasia) y dejarlo morir (limitación o reorientación terapéutica). “*En el primer caso es el médico quien realiza una intervención*

²¹ No se trata de regresar al paternalismo en el cual el médico tiene la última palabra sobre lo que es bueno para el paciente. Está claro que siempre al paciente se le deberá exponer la utilidad de una alternativa terapéutica para que este califique el supuesto beneficio y acepte o rechace la intervención. Sin embargo, la no utilidad de un tratamiento desde su carácter objetivo y cualitativo, es decir, científico, si es competencia del médico.

activa para finalizar con la vida del paciente. En el segundo, el objetivo terapéutico ya no es prevenir su muerte” (p. 103).

La futilidad está relacionada con poder determinar con juicio clínico hasta donde avanzar en un tratamiento, pero, ante todo, cuándo parar. Si se cruza la línea razonable entre avanzar y detenerse, se recorre el sendero del encarnizamiento, la irracional desproporción. Por ello, es necesario comprender que los recursos técnicos, científicos y humano son limitados y, en muchos casos, pueden tornarse dañinos o inútiles y, por tanto, no indicados o injustos. Además, a pesar de los avances científicos, *“el hombre seguirá siendo un ser mortal y, aunque podemos curar muchas más enfermedades que nuestros antepasados, siempre nos encontramos con un momento en que la muerte termina venciendo nuestros esfuerzos”* (Mendoza del Solar, 2008, p. 27). Cuando la muerte es un hecho inevitable y, sin embargo, se implementan medidas inútiles para contenerla, lo único que se logra es ocasionar una prolongada agonía.

Las anteriores son razones que llevan a afirmar que en las unidades de cuidado intensivo es inusual que se presenten escenarios de eutanasia. Es decir, situaciones en las cuáles un paciente solicite la suspensión de un tratamiento útil o beneficioso y la realización de actos encaminados a ocasionarle la muerte. Es así como Belloc & Girbes (2010) sostienen que: *“(l)a eutanasia no tiene ningún papel en las unidades de medicina intensiva, en general, simplemente porque no se cumplen las condiciones necesarias para llevarse a cabo”*. No obstante, estos lugares son espacios propicios para la presentación de situaciones de encarnizamiento terapéutico o distanasia, por el alto riesgo de implementación de medidas fútiles. Es un riesgo latente. Por ello, en las UCIs es frecuente, necesaria y exigible la valoración constante de la utilidad de cada tratamiento instaurado, hacer reorientación terapéutica cuando no se evidencia beneficio; así como, determinar anticipadamente el beneficio/utilidad de iniciar terapias de soporte vital o limitar este esfuerzo terapéutico. De este modo se evita la materialización del riesgo de incurrir en distanasia e instrumentalización de la persona, atentando contra su dignidad humana, que es la base de los derechos

fundamentales y de los principios bioéticos y biojurídicos contemporáneos²².

Como vimos, en estos servicios suelen presentarse situaciones de limitación del esfuerzo terapéutico, reorientación terapéutica y sedación paliativa, en fin, toma de decisiones al final de la vida como actos propios del quehacer médico, en especial del intensivista. Estos actos se desarrollan en cumplimiento de deberes profesionales y no como actos eutanásicos.

Es esencial diferenciar entre terminar activamente con la vida de un paciente a petición de este (eutanasia) y dejarlo morir. En el primer caso es el médico quien realiza una intervención activa para finalizar con la vida del paciente. En el segundo, el objetivo terapéutico ya no es prevenir su muerte (Belloc & Girbes 2010, p. 103).

Así en contextos de eutanasia, entendida como la solicitud del paciente de poner fin de manera activa a su vida, no suele estarse ante escenarios de muerte inminente, como si ocurre en los casos de sedación paliativa, reorientación o limitación del esfuerzo terapéutico. Estos últimos, por regla general, se presentan en ambientes hospitalarios, principalmente en las UCI, con pacientes moribundos. Por el contrario, generalmente, las solicitudes de eutanasia se dan en pacientes que están en sus casas con vida medicalizada y, por lo general, no son moribundos. Por eso, en estos casos lo que se busca es acortar el proceso de vida que, por una enfermedad o lesión corporal grave e incurable, se prevé largo doloroso y cruel, contrario a la propia idea del paciente de dignidad humana.

1.4.2. El cuidado paliativo como instrumento que maximiza el principio de beneficencia

La ortotanasia o cuidado paliativo es la rama de la ciencia médica que tiene como finalidad el alivio del dolor físico y mental. Su propósito es proporcionar el mayor bienestar posible al moribundo o desahuciado, por ejemplo, evitando el hambre, la sed, la asfixia, el abandono.

²² La dignidad humana es el principio que pone límite a los abusos tecnológicos y de la ciencia. Por ello se ha constituido en fundamentos de las diferentes declaraciones sobre bioética y bioderecho, como por ejemplo: la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO de 1997, la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 1997 (“Convención de Oviedo”) y la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la UNESCO en 2005 (Taboada, P. 2008).

En el marco de su saber científico específico se realiza la terapia de sedación paliativa. Si bien como consecuencia del manejo farmacológico que se emplea en esta terapia puede acelerarse la muerte, ese no es el objeto que ella persigue. Por tanto, desde los nuevos elementos que deben definir el concepto de eutanasia, es equívoco llamar de este modo la muerte que se da en el marco de la sedación paliativa, pues como ya se dijo, esa no es su finalidad.

La medicina paliativa adquiere un papel fundamental en la garantía de los derechos de los pacientes, en especial, para aquellos que sufren irremediamente. El cuidado paliativo se rige por el principio de beneficencia. Es la opción para una existencia con el menor grado de sufrimiento posible cuando no quedan alternativas de sanación. Este desarrollo médico ha tenido como propósito el alivio del dolor, humanizar la medicina y dignificar la atención del paciente. Su práctica no puede polemizarse mediante denominaciones como la de eutanasia, pues este es un término que en la actualidad alberga un reproche, aunque está sin dilucidar la legitimidad del mismo.

Además, no puede perderse de vista que el ejercicio de la medicina conlleva riesgos que son jurídicamente permitidos. Así, la administración de fármacos que son de uso propio de la medicina paliativa para el alivio del dolor, como los opioides y las benzodiazepinas, entre otros, comporta un riesgo. Si con la debida diligencia y cuidado durante su prescripción y administración el riesgo se materializa (ej: muerte por depresión respiratoria por opioides), esto no puede generar responsabilidad alguna para el médico. Por otro lado, al asociarlo con eutanasia (con toda la carga del término), puede convertirse en un obstáculo de acceso para los pacientes que, en estado de enfermedad o lesión corporal grave e incurable que les ocasiona sufrimiento, según su propia escala de valores, creencias y preferencias, encuentran en el cuidado paliativo su única opción para experimentar una existencia digna.

De este modo puede concluirse que la limitación del esfuerzo terapéutico, la reorientación terapéutica, así como la sedación paliativa, aplicadas bajo los preceptos de la *lex artis*, son actos médicos que buscan evitar el encarnizamiento terapéutico. Como ya se advirtió la ética médica proscribió la aplicación de tratamientos fútiles, por ser estos contrarios a los principios

de justicia y no maleficencia.

La demanda social a la que he me he referido se presenta con mayor frecuencia por pacientes que generalmente se encuentran en sus hogares, con estabilidad clínica. Es decir, con regularidad en sus signos vitales y sin riesgo inminente de muerte. Personas que se someten a tratamientos médicos extensos y tortuosos en condiciones de enfermedad grave e incurable, que les provoca sufrimiento permanente e irremediable, por lo cual, deciden dejar de vivir y solicitan ayuda para ello, aunque por lo general cuentan con alternativas terapéuticas que les ofrecen algún beneficio, el cual ya no es apreciado por el paciente, por ejemplo, el cuidado paliativo. Este escenario generalmente es distinto de aquel que se presenta en instituciones hospitalarias, cuando el paciente está en un proceso de fallecimiento, en quien no se trata de impedir inútilmente y a toda cosa su muerte, sino que se le permite que la misma llegue naturalmente y con el mayor bienestar posible. Desafortunadamente la muerte que se da en estas condiciones, en el marco de la sedación paliativa o luego de una reorientación terapéutica, suele denominársele de manera errónea eutanasia pasiva o indirecta. No puede perderse de vista que evitar la futilidad es un noble deber médico, y lo contrario es el cruel encarnizamiento terapéutico.

Para ilustrar esta idea pueden citarse famosas controversias mundiales de reclamo por la eutanasia, todas ellas, en contextos domiciliarios y de pacientes que no se encontraban en proceso de fallecimiento inminente: Theresa Marie “Terri” Schiavo, Karen Ann Quinlan, Brittany Maynard, Ramón Sampredo, entre otros. Estos pacientes, en su mayoría, no lucharon por la suspensión de una terapia, sino por la realización de una conducta médica activa encaminada a terminar con sus vidas llenas de dolor y sufrimiento por sus patologías. En nuestro contexto, casos emblemáticos son el de, “*Julia*”²³, “*Sofía*”²⁴, “*Francisco*”²⁵, “*L.M.M.F*”²⁶ y *Ovidio González*, quienes desde sus hogares libraron arduas batallas judiciales

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. (2014). T 970/14. En T-4.067.849, MP, Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, (2017). T 423/17. Expediente T-6.061.53. MP: Antonio José Lizarazo Ocampo. 04 de julio de 2017. Bogotá – Colombia.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (2017) sentencia T 544/17. Expediente T-6.084.435. MP: Gloria Estella Ortíz Delgado. 25 de agosto de diciembre de 2017. Bogotá – Colombia

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (2017) sentencia T 721/17. Expediente T-6.026.987. MP: Antonio Iván Humberto Escrucera Mayolo.. 12 de diciembre de 2017. Bogotá – Colombia.

para obtener la ayuda a morir. Estos casos, conocidos por jurisprudencia constitucional, serán presentados en el capítulo tercero de esta tesis.

En conclusión, en este contexto de re-significación de la eutanasia (1) no es posible denominar como eutanásicos los actos de sedación paliativa y reorientación o limitación del esfuerzo terapéutico, fundamentalmente porque cuando se ponen en práctica estas conductas su propósito no es ocasionar la muerte, la intención es evitar la futilidad, el encarnizamiento terapéutico, o sea, la deshumanización de la medicina. (2) Estos actos se dan en cumplimiento de deberes profesionales establecidos en los códigos deontológicos y en la *lex artis* que rige el ejercicio de la medicina. No es posible derivar un reproche ético ni jurídico a los médicos que apegados a las normas del buen actuar profesional los practican.

1.5. Conclusiones preliminares

1. El término eutanasia es una expresión polisémica que carece de delimitación conceptual. Esto puede explicarse a partir de su raíz etimológica y de los usos históricos que se le han dado. Además, esta expresión plantea múltiples problemas éticos, morales y jurídicos. Por ello, es necesaria una re-significación del concepto, la adopción de una definición clara y unívoca que permita limitar los aspectos sobre los cuales debe plantearse su debate jurídico, que además logre recoger la demanda social en torno a ella, y así determinar la licitud de esta conducta a la luz del Estado Constitucional.

2. Existe un reclamo de un sector de la sociedad por la licitud de la ayuda a morir. Este reclamo tiene origen fundamentalmente, en dos fenómenos. El primero, los avances de la ciencia que medicalizan la vida. Lo anterior conlleva a que en la actualidad una persona puede vivir por mucho tiempo, en condiciones de enfermedad grave, degenerativa e incurable o de lesión corporal permanente e incapacitante, pero con dependencia a medicamentos y dispositivos biomédicos, situación que la expone de su cuerpo, generando un nivel de sufrimiento y una condición de existencia que algunos consideran carente de dignidad. El segundo fenómeno, es el actual reconocimiento en los Estados constitucionales de la dignidad humana y la autonomía de la persona, lo que a su vez implica el deber de garantía de estos principios en el escenario de la medicina.

3. Esta re-significación tiene dos elementos: un concepto descriptivo y otro valorativo. Desde una perspectiva descriptiva la re-significación de la expresión eutanasia, implica definirla como el acto médico de ocasionar la muerte por solicitud del paciente, en virtud del sufrimiento que le ocasiona una lesión corporal o enfermedad grave, degenerativa e incurable. Esta definición facilitaría el debate al establecer un consenso sobre sus presupuestos básicos y dejaría por fuera los supuestos que se denominan eutanasia pasiva y eutanasia indirecta, al entenderlos como actos médicos de reorientación, limitación del esfuerzo terapéutico u ortotanasia. Al delimitar de este modo el significado de la expresión eutanasia, la discusión podría centrarse en definir la posibilidad ética y jurídica que tienen los pacientes de disponer voluntariamente de su vida y la licitud de brindar ayuda médica en este propósito. Bajo esta definición, el problema jurídico sobre la eutanasia consiste en determinar si el ejercicio de la autonomía es una razón constitucionalmente válida para justificar la ayuda a morir que ofrece un médico.

4. Desde una perspectiva valorativa, mi concepto es que la eutanasia es un acto médico que se fundamenta en el respeto por la autonomía del paciente y cumple con el noble fin de la medicina de aliviar el dolor. Este acto se fundamenta en los principios bioéticos de autonomía y beneficencia. Por su parte, la ortotanasia, la limitación y la reorientación del esfuerzo terapéutico son actos médicos que no tienen por objeto ocasionar la muerte. Éstos se fundamentan en los criterios médicos de indicación, no indicación y contraindicación del tratamiento. Su propósito es la materialización de los principios biomédicos de beneficencia, no maleficencia y justicia, por lo tanto, su práctica no puede polemizarse asignándole la denominación de eutanasia. Esto no solo porque responden a supuestos fácticos muy distintos, también porque el término eutanasia en la actualidad alberga un reproche, aunque esté sin dilucidar la legitimidad del mismo.

5. La ayuda a morir no sólo encuentra fundamento en los principios bioéticos y en los fines mismos de la medicina. Ésta tiene respaldo en los postulados constitucionales de la autonomía, que es una expresión de la dignidad humana, un principio rector del Estado vigente. En este sentido, el fundamento de la ayuda a morir se alberga en las situaciones

jurídicas que subyacen a los derechos que son reconocidos a los ciudadanos en virtud de los principios constitucionales, es decir, de las facultades jurídicas. Esta temática se abordará en el capítulo siguiente.

CAPITULO II. EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA COMO JUSTIFICANTE DE LA AYUDA A MORIR

Introducción

En este capítulo se expondrá el papel que tiene la autonomía y su garantía en el Estado constitucional como justificante de la ayuda a morir. Esto con el propósito de argumentar que la autonomía es una prerrogativa derivada del reconocimiento de la dignidad humana que es el principio rector del ordenamiento jurídico, por esto es transversal al sistema jurídico y se logra su materialización mediante el reconocimiento y salvaguarda de derechos. Así mismo se argumentará que, los derechos son libertades jurídicamente reforzadas, es decir, son facultades jurídicas frente a las cuales la autonomía funge como razón de segundo nivel que, permite el balance de razones en juego para ejercerlas o no.

Para fundamentar lo anterior, en primer lugar, se analizará el papel que desempeñan la dignidad humana y la autonomía en el Estado constitucional vigente. En segundo lugar, se señalará que la autonomía y la vida tienen naturaleza de libertades de las que emergen facultades. En este sentido, se expondrá de manera sucinta, a la luz de la teoría del derecho, cuál es la naturaleza jurídica de las libertades, cómo se comportan y qué situaciones jurídicas confieren a los sujetos. En concreto, la tesis analizará el derecho a la vida como una facultad que la persona puede ejercer o no, o sea, decidir vivir (faceta positiva) o dejar de hacerlo (faceta negativa). Lo anterior implica que, cada persona puede disponer de su vida, facultad en la que el Estado tiene vedadas las intromisiones. El deber de protección de la vida que radica en cabeza de este último solo tiene correlatividad con la faceta positiva del derecho.

Posteriormente argumentará que cuando una persona decide dejar de vivir, en principio, para el Estado no existe el deber de ayuda a morir, pero si el deber de no intromisión en su decisión. Sin embargo, en presencia de sufrimiento, que hace la vida indigna para su titular y cuando por ello la persona decide dejar de vivir, en ejercicio de su autonomía, si nace para el Estado el deber de brindar ayuda a morir, como un mecanismo para garantizar la autonomía. Por último, señalará que, el derecho penal debe guardar respeto por el texto constitucional y ajustarse a sus preceptos. Por lo tanto, la libre disposición por parte del titular

de sus bienes jurídicos no debe suponer reproche penal, ya que ello constituye el reconocimiento de la autonomía, o sea, de la dignidad humana. Por lo anterior, la libre disposición de la vida y la ayuda a morir se encuentran constitucionalmente amparadas y no deberían ser conductas sancionadas; por el contrario, su punición constituye un exceso injustificado al *ius puniendi* del Estado.

2.1. El papel de la dignidad humana y la autonomía en el Estado constitucional

Los Estados de derecho contemporáneos poseen una dimensión ético-sustantiva. Esta dimensión consiste en el conjunto de derechos, principios y valores éticos caracterizantes del ordenamiento jurídico. Dicha dimensión reposa en la Constitución Política y es irradiada a todo el orden jurídico, en un proceso de constitucionalización (Luque, 2014, p.p. 19 - 20). La dignidad humana es un principio o valor común de la dimensión ético sustantiva de los Estados constitucionales actuales. Así, por ejemplo, en el Estado constitucional colombiano instituido por la Carta Política de 1991, se consagra el respeto por la dignidad humana como un principio rector, transversal al sistema normativo y presupuesto para el ejercicio de todos los derechos fundamentales.

El reconocimiento de la dignidad humana implica aceptar que, el ser humano, por el mero hecho de serlo, tiene un “valor” que le es inherente, no cuantificable: una “dignidad”. De este modo “*La dignidad de toda persona procede de su valor intrínseco como tal, como miembro de la humanidad y como ser autónomo y libre que determina sus propios fines y no es intercambiable por ninguno de sus semejantes*” (Boladeras, 2007, p. 108). Lo anterior exige el respeto y salvaguarda de la autonomía, aceptar que la persona es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizada, lo contrario lleva a su cosificación. “*El ser humano es sujeto, no objeto*” es un “*miembro del reino de los fines*” (Boladeras, 2007, p. 108). De cara a esto Ortega Díaz (2013) afirma que “*(e)n un Estado constitucional, secular y laico, la dignidad humana es transversal a todo el ordenamiento jurídico. Esta filosofía de Estado considera al hombre como eje central, un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar fines*” (p. 23).

Por lo tanto, el respeto por la dignidad exige que, además de i) reconocer el valor inherente del ser humano derivado de su propia naturaleza como miembro de la especie, ii) entender al individuo como persona, es decir, como sujeto moral en virtud de su carácter racional, libre y autoconsciente. Estos rasgos morales se expresan mediante la autonomía, se concretan en la facultad de autodeterminación. En este sentido, Carlos Santiago Nino (1989), filósofo y teórico del derecho argentino, sostiene que la autonomía es un principio que presupone una distinción entre dos dimensiones de la moral:

la moral personal o "autorreferente" que prescribe o prohíbe ciertas acciones y planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter moral de su propio agente según ciertos modelos de virtud, y la moral social o "intersubjetiva" que prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de su agente (p. 267 y 268).

La dimensión autorreferente tiene dos características: la primera "*valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia*" (p. 267). La segunda: "*vedar al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esa autonomía*" (p.267). Así, para Nino, una acción puede ser intervenida por el Estado o por terceros cuando deriva de una desviación de la moral interpersonal, pero no cuando esto se da por desviación de la moral autorreferente, pues ésta está contenida en la órbita privada del sujeto y este es un espacio restringido a la intromisión del Estado, en los modelos constitucionales contemporáneos.

Del mismo modo, Nino (1989, p. 267) afirma que la vida humana es intrínsecamente valiosa por contar con la capacidad de proponerse y desarrollar en forma autónoma planes de vida, así como de formar preferencias. Las preferencias son la expresión de creencias positivas. Estas creencias emanan de la capacidad de autodeterminarse, de valorar algo como "*bueno*" (juicios derivados de la moral autorreferente). Por tanto, según este autor no es posible establecer una definición unívoca y concreta de dignidad humana, ya que cada persona es la propia medida de ella. Por su parte Ortega Diez (2016, p. 23) sostiene que "*La dignidad humana no es comprendida como un elemento estático, sino que comparte el carácter*

dinámico de la sociedad y claro está, del sistema jurídico”. En contraste con Margarita Boladeras (2007, p. 114) quien señala que

cada cultura desarrolla valores y formas de estima y de autoestima (y de desprecio y autocensura), de los que brotan el sentimiento y la comprensión de la dignidad personal de cada individuo. Hay que decir incluso que cada persona, según su trayectoria vital, su subjetividad y su comprensión del mundo y de la espiritualidad, desarrolla su propio sentido de dignidad personal.

La autonomía, como expresión de la moral autorreferente se concreta, entre otras cosas, en la capacidad para elaborar un proyecto vital y para tomar decisiones sobre los aspectos más íntimos de la propia existencia, como la muerte, sin más restricciones que la libertad (autonomía) de los demás –moral intersubjetiva- y el orden jurídico –. Ello conforme a la propia escala de valores, preferencias y a la concepción de cada individuo sobre lo que es dignidad humana.

En relación con la dignidad humana, la autonomía y el derecho a la vida, la Corte Constitucional (sentencia T-881/02) ha señalado que: la dignidad humana debe entenderse a partir de dos perspectivas: como entidad normativa y desde su funcionalidad normativa. Desde la perspectiva de entidad normativa podría definirse como (1) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (2) La existencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). (3) La intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). Por otro lado, desde la perspectiva de su funcionalidad normativa se concibe como (1) un valor fundante del ordenamiento jurídico y del Estado; (2) principio constitucional y (3) como derecho fundamental autónomo.

Por otro lado, frente a la autonomía ha dicho que (1) la persona es autónoma en virtud de que es digna, es decir que, constituye un fin en sí misma y no un medio para un fin. (2) Tiene capacidad plena para decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. (3) En los aspectos que solo ha ella conciernen, solo por ella pueden ser decididos (Corte

Constitucional, C-221/94). Frente al derecho a la vida ha sostenido que solo su titular puede decidir hasta cuándo ella es deseable y compatible con la dignidad humana (Corte Constitucional, C-239/97, 1997).

2.2. La autonomía y su relevancia jurídica frente a la facultad de disponer de la propia vida

Botero Uribe (2002, p. 79) describe unos “*recursos*” necesarios para establecer un proyecto autoconsciente de vida, a saber: el erotismo, la creación estética, la creación intelectual, la actividad gratificante, el goce de vivir y el derecho a terminar voluntariamente la vida. Ésta sección de la investigación parte del análisis del último recurso de vida propuesto por Botero Uribe.

El derecho a terminar voluntariamente con la vida, a mi juicio, es una consecuencia inescindible del reconocimiento de la autonomía, y por lo tanto, de la dignidad humana. En ejercicio de la autonomía, la persona es libre para disponer de su vida, de su yo. Tener un proyecto de vida que implica un proyecto de muerte frente al cual solo el sujeto, y nadie por él, puede decidir. En este sentido, desde el siglo pasado, Stuart Mill (2013, pp. 20 – 21), representante del liberalismo clásico, sostuvo que: “*La única parte de la conducta de alguien por la que se le puede reclamar en sociedad es la que concierne a otro*”, aspecto descrito por Nino (1989, p. 267 - 268) en términos de moral intersubjetiva. Continúa Stuart Mill señalando que “*en aquella parte que le concierne sólo a él, su independencia es, por derecho, absoluta. El individuo es soberano sobre sí mismo, su cuerpo y su mente*”, lo que, traducido a palabras de Nino, sería una característica de la moral autorreferente.

Como vemos hay un espacio de la conducta humana que no puede ser regulado por el Estado, aquel que en la vida de una persona solo le involucra a sí misma. Por el contrario, hay otro espacio que involucra a terceros, por lo cual ese Estado debe intervenir para garantizar la sana convivencia. El proyecto de muerte, la muerte voluntaria o la libre disposición de la vida es un asunto que solo afecta al individuo, involucra un bien jurídico y derecho del que

solo él es titular. Por eso, él y nadie por él puede decidir hasta cuando ejercerlo. En los términos de Nino (1989, p. 267 - 268) es una cuestión de la moral personal o autorreferente y no de la moral social o intersubjetiva. Debe recordarse que este autor en consonancia con otros como Stuart Mill, han caracterizado al Estado liberal, y posteriormente al Estado de derecho, por la posibilidad de intervenir en la desviación de la moral social –intersubjetiva-, pero no en la moral autorreferente. En contraste, Carmen Juanetey (2004) sostiene que la disposición de la propia vida no es un asunto de establecer límites al derecho a la vida ni a la autonomía frente a otros sujetos, para ella la cuestión radica en el ejercicio de la autonomía del sujeto titular del derecho a la vida frente a sí mismo. Así sostiene que *“No se trata, por tanto, de resolver un conflicto de tipo interpersonal, sino intrapersonal”* (p. 87).

Frente a los conflictos intrapersonales o a la moral autorreferente el Estado tiene obligaciones negativas (situaciones jurídicas de no-pretensión-libertad), mientras que frente a los conflictos interpersonales o de la moral intersubjetiva, posee obligaciones de hacer (situaciones jurídicas de deber-pretensión)²⁷. Es por ello que prohibir la libre disposición de la vida, que es un asunto del fuero interno de la persona, constituye una intromisión en una libertad que no afecta bienes de terceros. Esto contraría los postulados constitucionales a favor de las libertades individuales, propios de los Estados de derecho.

Por otro lado, existen condiciones de sufrimientos intensos, irremediables, derivados de enfermedad, que llevan a condiciones de existencia oprobiosas incompatibles con la idea de dignidad humana de quien los padece. Cuando el sufrimiento para el sujeto solo puede cesar con la muerte y solicita ayuda para morir en uso de su autonomía, la protección de ésta debe ser amparada por el Estado mediante la ayuda a morir (eutanasia o la ayuda al suicidio). Si el sufrimiento lleva a re-significar la existencia, el valor de la misma y el proyecto vital, la posibilidad de disponer de la vida debe ser garantizada por el Estado. En este caso, la situación jurídica inicial de libertad, cambia a pretensión, con lo cual el Estado adquiere obligaciones positivas, esto es, garantizar la ayuda a morir (más adelante se profundizará en

²⁷ En el siguiente apartado se desarrollará el tema de las situaciones jurídicas subjetivas. En ese capítulo se explicará cómo frente al derecho a la vida, en su dimensión positiva, el sujeto tiene una situación jurídica de pretensión frente al Estado (respeto y garantía de la vida), frente a la cual, de manera correlativa, el Estado tiene el deber de protección. En la dimensión negativa del derecho, existe una situación jurídica para el Estado de no-pretensión (no puede exigirle al sujeto vivir) y, en esta dimensión, para el sujeto no existe una pretensión frente al Estado más allá del respeto por dicha decisión. No obstante, en esta faceta negativa, por cuenta del sufrimiento, podría surgir para el sujeto una situación jurídica de pretensión: la ayuda a morir.

esta idea^{27, 34}). Negar la materialización del proyecto de muerte, es un menoscabo a la autonomía personal y, por tanto, a la dignidad humana.

Lo anterior no significa que cada persona en condiciones de sufrimiento debe optar por cesar con su vida y solicitar ayuda a morir, pero sí que, el porcentaje que de acuerdo con sus convicciones personales así lo decida, debe tener garantizada esa posibilidad. Así mismo que, si en estas condiciones la persona, en virtud de su escala de creencias, valores y preferencias, busca la medicina paliativa como una manera de sobrellevar el sufrimiento y dignificar su existencia, el Estado deberá garantizar el acceso a ella. En consecuencia, ejercer la facultad para diseñar e implementar un proyecto de muerte implica para el Estado la existencia de obligaciones positivas y negativas (situaciones jurídicas de pretensión-deber y no-pretensión-libertad). Las negativas son de no interferencia, o sea, no hacer, no impedir, no penalizar (así, por ejemplo, el intento de suicidio no es una conducta punible). Mientras que las positivas, implican poner al alcance del ciudadano los tratamientos médicos, el cuidado paliativo, así como la ayuda a morir. Dependerá de la necesidad del paciente, que como ya se ha dicho, está ligada a la escala de prioridades del individuo que padece sufrimientos, a su propia idea de dignidad.

La dignidad humana y la libre determinación son reconocidos como principios universales (Ortega Díaz, 2016, p. 17). Según el principio de autonomía, los derechos individuales protegen bienes que no solo son recursos que facilitan la libre elección de proyectos de vida, sino que, además, su posesión no puede ser incompatible con la materialización de dichos proyectos; por lo tanto, tales bienes son en principio *disponibles* por sus titulares (Nino, C. 1989, p. 267 - 268). A pesar de ello, es común que se sostenga que la vida no es un bien disponible. Las limitaciones a su libre disposición suelen justificarse en ideas que, con fundamento en dogmas religiosos, la sacralizan. Sin embargo, estas ideas no pueden permear la axiología de la constitución, su carácter ético-sustantivo que, además de ser democrático, social y de derechos, es secular y laico. Ello implica que no admite simbiosis entre la religión y el Estado²⁸.

²⁸ Al respecto, Margarita Boladeras (2007, p. 105) refiriéndose al ordenamiento jurídico español, afirma que por tratarse este de un Estado democrático, no confesional, “*la legislación no puede configurarse según determinadas creencias religiosas y debe procurar el bien de la ciudadanía en su conjunto*”.

El Estado constitucional vigente contiene un amplio abanico de valores y principios, así como una extensa carta de derechos. Frente a los derechos puede afirmarse que, en primer lugar, no son absolutos y, en segundo lugar, no pueden convertirse en obligaciones. De allí que, en relación con el derecho a la vida, pueda sostenerse que este no es absoluto (Ferrerres, 2020) y que no puede imponerse como una obligación a su titular. Además, que, frente a éste, el deber de protección del Estado cede para garantizar la dignidad humana, en razón del respeto por la autonomía²⁹. Así mismo que, el derecho a la vida no se reduce a la mera existencia y menos a su mero padecimiento por cumplir con el deber de vivir, como un simple hecho biológico, sino que, por el contrario, este derecho es una libertad que implica vivir dignamente (Ortega Díaz, 2016, p. 25).

De manera tal que impedirle a un individuo, que así lo ha decidido, que disponga de su vida cuando se halla en condiciones de sufrimiento que él mismo valora indignas y obligarlo a seguir viviendo contra su voluntad, implica reducir el valor de la persona al funcionamiento de sus órganos vitales, a la mera existencia como vida humana, pero, al margen de su existencia como persona; esto es, como ser autónomo y digno. De este modo, la negación de la autonomía de las personas que padecen intensos sufrimientos y solicitan ayuda para morir, constituye la imposición del deber de vivir en condiciones en las que la persona ya no se reconoce a sí misma como un ser capaz de autodeterminarse pues la pérdida de la salud la ha expropiado de su propio cuerpo. Es decir, se establece la obligación de vivir la vida por el simple hecho de la existencia, al margen de la vida digna. Al respecto,

Valle Muñiz afirma que el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad humana, y dado que ésta supone el rechazo de cualquier instrumentalización, en aras a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, le parece indiscutible que el sujeto puede disponer libremente de su vida. (Juanatey, 2004, p. 93).

²⁹ “la vida impuesta contra la voluntad de su titular no es un valor constitucional ni puede configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal” (Carbonell, p. 2). En línea: <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/04/suicidio-y-eutanasia.pdf>.

En el mismo sentido, al referirse a la constitución española, Peces-Barba Martínez (1999, p. 21) sostiene que ésta no protege la vida como la mera existencia, sino, la vida digna, o sea, la que permite el desarrollo de la personalidad, “*es decir de todas las virtualidades que hacen posible que cada uno pueda libremente elegir sus planes de vida orientado a conseguir la autonomía o la independencia moral.*” (p. 21).

2.3. Razones constitucionales que justifican la ayuda a morir

2.3.1. Naturaleza jurídica de las libertades

Como se ha advertido desde los acápites anteriores, el análisis de la licitud de la libre disponibilidad de la vida exige su revisión a la luz de los principios constitucionales, de los cuales se establece el reconocimiento de libertades y derechos fundamentales, a través de normas jurídicas. Para ello, siguiendo al filósofo del derecho Riccardo Guastini³⁰, señalaré que un ordenamiento jurídico posee (1) normas de producción jurídica, estas son principalmente de dos clases, las que confieren competencia y las que disciplinan el ejercicio de esta competencia o regulan el procedimiento para dictar un acto normativo³¹ y (2) normas de conducta, son aquellas que califican un comportamiento omisivo o activo como obligatorio, prohibido, permitido o facultativo. En este acápite aclararé la estructura de las últimas y las situaciones jurídicas que de ellas derivan, como un presupuesto necesario para desarrollar la tesis que sostengo.

Las normas de conducta a su vez son imperativas (obligatorio - prohibido) y permisivas (permitido - facultativo) (Guastini, 2016, p. 63). El contenido de las normas de conducta es calificado mediante modalidades, las cuales tienen relaciones lógicas entre sí, a saber: (i) Permitido y prohibido (no permitido), son mutuamente excluyentes. Las normas de

³⁰ “Es profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova y director del Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho en el Departamento de Jurisprudencia de la misma universidad.(...) Su ámbito de investigación se despliega, entre otros temas, en el análisis del lenguaje normativo, los conceptos jurídicos fundamentales, la estructura de los sistemas jurídicos y las técnicas de argumentación e interpretación jurídica.” Disponible en: <http://catedradeculturajuridica.com/es/1589/presiden-riccardo-guastini.html>

³¹ Algunos ejemplos de estas normas, en nuestro ordenamiento jurídico, son la Ley 5 de 1992 (por la cual se expide el Reglamento del Congreso), la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) que define las competencias de los jueces o el artículo 93 de la Ley 136 de 1994 que establece la competencia de los alcaldes para ejecutar acuerdos municipales.

permisión conllevan una autorización para hacer, mientras que las prohibiciones implican el deber de no hacer. La misma conducta no puede ser, al mismo tiempo, permitida y prohibida. En relación con los permisos, realizar la conducta descrita en la norma implica ejercer la autorización que ella confiere, mientras que su omisión no puede calificarse como una violación o inobservancia, no tiene una implicación jurídica. No ocurre lo mismo con las prohibiciones, de estas se predica que abstenerse de realizar la conducta prohibida conlleva la observancia o respeto por la norma, por el contrario, realizar la conducta prohibida constituye su inobservancia o violación.

(ii) Obligatorio y prohibido, también tienen una relación excluyente. Una misma conducta no podría satisfacer, a la vez, a una norma de prohibición y a otra de obligación. En ambos casos realizar la conducta que la norma exige conlleva su cumplimiento, mientras que, no realizar el comportamiento ordenado configura su infracción. (iii) Obligatorio implica permitido, está permitido cumplir una obligación. La misma conducta no puede ser obligatoria y, a la vez, no permitida. El deber de realizar una conducta constituye un permiso para ejecutarla. (iv) Permiso y facultad son compatibles. La diferencia entre ambas radica en que el permiso es la autorización para realizar una conducta o desempeñar un comportamiento y no supone implicaciones respecto del no hacerlo. Mientras que la facultad es la autorización para realizar y para no realizar la conducta descrita.

Las normas jurídicas confieren atributos a los sujetos; por lo tanto, dan lugar a relaciones jurídicas subjetivas (Guastini, 2016, p. 83). Las situaciones jurídicas, según una tradición clásica³², son reducibles a ocho posiciones básicas (cuatro originadas por las normas de conducta y otras cuatro por las normas de producción normativa)³³ las cuales pueden presentar combinaciones entre sí. Las normas de conducta atribuyen a los sujetos condiciones jurídicas de deber-pretensión y libertad–no pretensión³⁴. Las normas de producción jurídica,

³² Guastini sostiene esta clásica división con fundamento en las teorías desarrolladas por W.N. Hohfeld (1919 - 1923), A. Ross (1958), G. Pino (2010), A. White (1984) y Comanducci (1992) (Guastini, 2016, p. 84)

³³ Otros autores como Manuel Atienza (1986 - 1897) se refieren a las situaciones jurídicas como modalidades jurídicas activas y pasivas. Dentro de las primeras se encuentra el derecho subjetivo, la libertad, el poder y la inmunidad. Dentro de las negativas están a el deber, el no-derecho, la sujeción y la incompetencia.

³⁴ Guastini (2016, p. 85) describe como situaciones subjetivas que representan el contenido de normas de conducta: la obligación, la pretensión, la libertad (facultad, ausencia de obligación), y la no-pretensión (ausencia de pretensión). 1) Se llama «obligación» a la situación jurídica de un sujeto al que se dirige una norma imperativa (una orden o una prohibición). 2) Se llama «pretensión» a la situación jurídica de un sujeto al cual una norma (de autorización) le consiente exigir el cumplimiento de una obligación por parte de otro sujeto. 3) Se llama «libertad» tanto 3.1) a la situación jurídica de un sujeto al cual una norma permisiva o facultativa le consienta llevar a cabo

por su parte, crean situaciones jurídicas de poder-sujeción, inmunidad-incompetencia. Las situaciones jurídicas tienen las siguientes relaciones: la situación jurídica de pretensión implica, de manera correlativa, la existencia de una situación jurídica de deber (obligación o prohibición). La situación jurídica de libertad (facultad o ausencia de obligación) tiene como correlativo la situación jurídica de no-pretensión.

Este desarrollo temático es útil a esta tesis para comprender que los derechos fundamentales como la vida, en principio, originan situaciones jurídicas de libertad, del tipo facultad. Es decir, son normas permisivas. Estos pueden ejercerse y ello implica la concreción de la libertad o, no ejercerse y de esto no puede predicarse inobservancia o incumplimiento de la norma, pues así también se materializa la libertad. Las facultades son, ontológicamente, ausencia de obligación. *“Las normas permisivas son empleadas para eliminar obligaciones precedentes en aquellos ordenamientos que incluyen el así llamado principio de lex posterior”* (Guastini, 2016, p. 68). Por lo tanto, cuando se configura o refuerza jurídicamente una libertad, se eliminan obligaciones preexistentes o se proscriben la configuración de deberes en torno de esta.

Los derechos fundamentales son atribuidos por normas ubicadas en la cúspide del ordenamiento jurídico, o sea, por principios. Por lo tanto, los derechos fundamentales son la concreción de principios constitucionales (Pino, 2018, p.178). *“Los principios son normas caracterizantes del ordenamiento jurídico, esenciales de su identidad y axiología política”* (Guastini, 2016, p.p. 76 y 77). Su carácter fundamental deriva de que *“estos derechos son considerados como ‘fundantes’ respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto, son los elementos que establecen de manera irrenunciable su identidad y formación axiológica”* (Pino, 2018, p. 163). De manera tal que, el reconocimiento de la autonomía, como implicación inherente al reconocimiento de la dignidad que pregona el texto constitucional, es el otorgamiento jurídico de una libertad al sujeto. Del mismo modo, los derechos

un determinado comportamiento, como 3.2) a la situación jurídica de un sujeto al cual ninguna norma imperativa le impone llevar a cabo un determinado comportamiento. 4) Se llama «no-pretensión» (ausencia de pretensión) tanto 4.1) a la situación jurídica de un sujeto al cual una norma le niega o le subtrae explícitamente una pretensión (anteriormente conferida), como 4.2) la situación jurídica de un sujeto al cual ninguna norma le atribuye explícitamente una pretensión.

fundamentales son, en su mayoría, el reconocimiento jurídico de libertades³⁵ que concretizan la dignidad humana, como principio rector del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, dichas consagraciones jurídicas tienen fundamento en la identidad axiológica de la Constitución Política (Pino, 2018, p. 163), es decir, en su carácter ético-sustantivo.

2.3.2. La autonomía como razón de segundo nivel en los Estados constitucionales

En los Estados constitucionales, la expresión autonomía tiene, por lo menos, tres concepciones. Por un lado, en términos jurídicos, se entiende como principio constitucional que impone el respeto por ese rasgo moral como un mandato de optimización³⁶. También es una libertad jurídicamente reforzada, una facultad. Por otro lado, puede entenderse en términos filosóficos, como un rasgo moral de la persona. La autonomía entendida como principio constitucional implica la atribución jurídica a un sujeto de una libertad³⁷. Su consagración como principio ubica la norma en el rango constitucional y, por lo tanto, la constituye en un mandato de optimización que debe ser garantizado en la mayor medida de las posibilidades (Alexy, 2003, p.p. 107 - 108). Al igual que los derechos fundamentales, el principio de autonomía atribuye situaciones jurídicas de libertad, en concreto, concede facultades a los sujetos. Como se indicó anteriormente, las facultades son normas permisivas para realizar o abstenerse de hacer la conducta descrita por la norma.

La autonomía entendida como rasgo moral, es la capacidad de cada persona para autodeterminarse en un ejercicio racional. Desde esta dimensión, constituye una razón de segundo nivel. Ello significa que, en virtud de la autonomía, la persona determina cuándo ejerce o no una libertad. Tratándose de los derechos fundamentales que, como ya se señaló, son situaciones jurídicas de libertad del tipo facultad, es en razón de la autonomía que la persona decide cuándo ejercerlos y cuándo no. De allí que se predique que los derechos

³⁵ No todos los derechos fundamentales son derechos de libertades, existen derechos que protegen otros bienes como, por ejemplo, el derecho fundamental al buen nombre, el derecho fundamental a la salud, derecho fundamental a la educación de los niños, etc.

³⁶ “*Los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Este mandato tiene en realidad un carácter definitivo. Solo puede ser cumplido o incumplido, y siempre está ordenado cumplirlo plenamente.*” (Alexy, 2003, p.p 107 – 108).

³⁷ Guastini (2016, p.85) describe libertad como la (i) situación jurídica que le permite a un sujeto llevar a cabo cierto comportamiento, así como la que situación jurídica en la que ninguna norma le impide llevar a cabo un comportamiento.

fundamentales tienen una dimensión positiva y otra negativa (Bernal Pulido, 2005; Rengifo Valero, 2019). Es así como se teje una relación inescindible entre el principio de autonomía y el ejercicio de los derechos fundamentales como, por ejemplo, la vida.

De un lado, la autonomía como principio constitucional exige ser garantizado y respetado, y de otro, la vida como derecho fundamental es una facultad que, en virtud de la autonomía, el sujeto puede decidir hasta cuándo ejercerla (dimensión positiva) y cuando cesar su ejercicio (dimensión negativa). De este modo, la primera situación jurídica que se genera en relación con el derecho a la vida es la facultad de ejercerlo o no.

No obstante, en torno al derecho a la vida surgen nuevas situaciones jurídicas. En la faceta positiva de esta facultad, es decir, en su ejercicio, nace para el sujeto la situación jurídica de pretensión. Esta situación jurídica consiste en la posibilidad de exigir al Estado y a los terceros el respeto por el derecho (la persona tiene una pretensión). De manera correlativa, para aquellos emerge la obligación de garantía del derecho (deber de garantía para Estado y particulares). En la faceta negativa de la facultad, cuando se decide dejar de ejercer el derecho, surge la situación jurídica de no-pretensión para el Estado. Ésta consiste en que ni él, ni los terceros pueden exigirle al sujeto que ejerza la dimensión positiva del derecho a la vida por ser una facultad y no un deber. Para el Estado y los terceros solo surgen pretensiones frente a las personas cuando la conducta de estas está orientada por normas imperativas, que les imponen deberes. Como se señaló en el acápite sobre las situaciones jurídicas subjetivas, las pretensiones son correlativas a los deberes.

Como lo propone Guastini, las normas permisivas generan facultades o permisos y lógicamente son excluyentes con las normas imperativas que instituyen deberes (obligaciones o prohibiciones). Las facultades son ontológicamente ausencia de obligación. Una misma conducta no puede ser definida por la norma jurídica como facultad y, a la vez, como deber. Esto sería un contrasentido. En conclusión, un derecho fundamental no puede ser, al mismo tiempo, una libertad y un deber para su titular.

Las normas permisivas sirven para prevenir – o en cualquier caso para invalidar – la institución de obligaciones (en particular, obligaciones de omitir, es decir prohibiciones) por parte de autoridades normativas subordinadas, dentro de aquellos ordenamientos en los que rige el principio de la *lex superior* (por ejemplo, si una constitución rígida califica como permitido un determinado comportamiento, sería constitucionalmente ilegítima, y por tanto inválida, una ley ordinaria que pretendiera prohibirlo.” (Guastini, 2016, p.68).

Aquí está la primera razón para afirmar que, la libre disposición de la vida no debe ser penalizada en los Estados constitucionales que poseen una dimensión ético sustantiva, con base en la cual se consagran derechos fundamentales y que son instituidos sobre el reconocimiento de la autonomía. El derecho a la vida es una facultad de su titular, éste y nadie por él, puede decidir hasta cuándo desea ejercerla o, en otras palabras, nadie puede imponerle hacer uso de la dimensión positiva o negativa de su derecho. Por esta razón, ejercer la facultad en el sentido negativo: dejar de vivir, no podría dar lugar a un reproche jurídico.

2.3.3. De la situación jurídica de facultad para dejar de vivir a la pretensión de ayuda a morir³⁸

Como se viene señalando, el derecho a la vida es una norma constitucional que atribuye a los sujetos una situación jurídica de facultad. Así mismo, este derecho pone al sujeto en una situación jurídica de pretensión frente al Estado, esto es: el respeto del derecho, tanto para su ejercicio como para renunciar a él. El Estado, por su parte, se desenvuelve en dos situaciones jurídicas. La primera, el deber de garantía del ejercicio del derecho a la vida. La segunda, la no-pretensión frente al sujeto que decide dejar de vivir. En este último escenario, en principio, la única situación jurídica del sujeto es la pretensión de respeto por su decisión de dejar de vivir. Sin embargo, podrían existir razones constitucionalmente válidas, en virtud de las cuales emerja una nueva situación jurídica de pretensión para el sujeto, como, por ejemplo, el sufrimiento.

³⁸ Para la mejor comprensión de este acápite, ver las referencias 27 y 34

A mi juicio, el sufrimiento es una razón para que nazca válidamente la pretensión de ayuda a morir. Lo anterior quiere decir que, en estos casos, el deber del Estado ya no es únicamente el respeto por la decisión, sino que, también tiene el deber de permitir la participación activa de un tercero para ejecutar tal decisión, en virtud de la voluntad del titular del derecho. El sufrimiento funge como una razón justificante para que el sujeto adquiera una nueva situación jurídica de pretensión. El vínculo entre la autonomía y el sufrimiento está en que a partir de la autonomía la persona ejerce de manera permanente sus facultades. Cuando el sujeto decide dejar de hacerlo, porque califica la vida indigna por causa del sufrimiento y, por tanto, su ejercicio le es indeseable, es mediante la autonomía que hace esta valoración y adelanta la toma de decisiones. La autonomía como razón de segundo nivel lleva al sujeto a realizar la calificación de dignidad de su vida, de acuerdo con su propia escala de creencias, valores y preferencias³⁹. Es así como en relación con la vida se establece una relación indivisible entre sufrimiento, autonomía y dignidad humana. De esta forma puede advertirse que la lícita ayuda a morir, como un mecanismo para la garantía de la autonomía en condiciones de sufrimiento, tiene fundamento en la axiología de la constitución vigente.

Negar la pretensión de ayuda a morir contraría la situación jurídica de facultad conferida por el derecho fundamental -norma permisiva-, buscando darle el carácter de una situación jurídica de deber -norma imperativa-. Es decir, se trata el derecho a la vida como una obligación, lo cual contradice su propia ontología. Además, es un menoscabo de la autonomía, pues si bien, en principio, la situación jurídica del Estado frente a la decisión del sujeto de dejar de vivir es de no-pretensión, cuando éste requiere ayuda para morir, porque en virtud del sufrimiento valora su vida como indigna, cambia dicha situación jurídica a una pretensión. Negarla implica desconocerle su autonomía y en consecuencia su dignidad.

En síntesis, la relación entre el sufrimiento y la autonomía da lugar al surgimiento de la pretensión de ayuda a morir para el sujeto y, correlativamente, para el Estado el deber de garantía de dicha pretensión. Cuando en condiciones de sufrimiento y en ejercicio de la autonomía se niega la lícita ayuda a morir, obligándosele a la persona a vivir en condiciones

³⁹ Como se advirtió anteriormente, el concepto de dignidad es particular a cada individuo (Boladeras, 2007, p.114), debe ser comprendida como un elemento dinámico de la sociedad y del sistema jurídico (Ortega Díaz, 2016, p. 23).

que ella misma considera indignas (i) se desconoce su carácter de sujeto moral, capaz de autodeterminarse, de juzgar y decidir sobre los aspectos más íntimos de su existencia, de establecer y desarrollar su proyecto de muerte; es decir, se menoscaba su autonomía, desconociendo el principio constitucional que consagra su respeto y garantía. (ii) El desconocimiento de la autonomía conlleva el menoscabo de la dignidad, pues impone el deber de vivir una vida que para su propio titular es carente de valor (dignidad). (iii) Este hecho, ignora la naturaleza jurídica de un derecho, pretendiendo transformarlo en una obligación.

De este modo, se tienen los primeros fundamentos constitucionales para que la ayuda a morir sea lícita en el Estado constitucional: (1) el principio de autonomía es una razón de segundo nivel, transversal al ejercicio de los derechos fundamentales. Impone la obligación de respeto por la facultad de ejercer el derecho, tanto para el Estado como para los terceros. (2) Cuando con fundamento en el ejercicio de la autonomía y por razón del sufrimiento irremediable, el individuo decide dejar de vivir porque juzga su vida indigna y pide ayuda para ello, su situación jurídica de facultad para dejar de vivir se transforma en pretensión de ayuda a morir que, de manera correlativa, deriva la obligación de garantía para el Estado. (3) Los derechos son libertades; por tanto, no pueden tratarse como obligaciones, son disponibles para su titular. (4) La vida es un derecho disponible para su titular.

2.3.4. Deber de protección de la vida para el Estado

Al igual que la autonomía, la expresión “*vida*” tiene varios significados y calificaciones jurídicas. De un lado, vida puede entenderse como el hecho biológico. Desde su concepción jurídica puede calificarse como un principio, un derecho fundamental, un valor y un bien jurídico. Como principio constitucional es un mandato de optimización que debe satisfacerse en la mayor medida de las posibilidades (Alexy, 2003, pp. 107 - 108). De allí deriva su consagración como derecho fundamental (Pino, 2018, p. 178). Entendida como un derecho fundamental, es una libertad reforzada jurídicamente (Bernal Pulido, 2005, pp. 244)⁴⁰. Ello

⁴⁰ La cláusula general de libertad contenida en un espacio denominado *agere licere*. La idea de *agere licere* fue acuñada en el mito de la fundación de la sociedad civil a partir del estado de naturaleza. Este espacio se constituía por las libertades naturales que aún no habían sido intervenidas jurídicamente. Ámbito que estaba expuesto permanentemente a transgresiones del poder público. La única manera de que se volviera resistentes a dichas intervenciones, era mediante su transformación en un permiso legislativo. “*Cuando el legislador*

implica que puede ser ejercida o no por el sujeto titular. Además, por su consagración como principio y derecho fundamental, el Estado, por regla general, tiene el deber de protegerla. En el Estado Social de Derecho “*los derechos fundamentales no revisten solo la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también, dentro de su dimensión prestacional la faceta de derechos de protección, que exigen conductas positivas del poder público que los garanticen*” (Bernal Pulido, 2005, pp. 232-233).

Sin embargo, como ya se ha advertido, esta protección no es a toda costa, no puede hacerse contra la voluntad del titular del derecho. La protección encuentra límites en la autonomía, de lo contrario, el derecho se convertiría en un deber, al margen de la dignidad y la libertad (Carbonell, s.f, pp. 2-3). El ejercicio de la autonomía conlleva la capacidad de autodeterminarse y establecer un proyecto vital, la posibilidad para calificar la propia vida en términos de dignidad. En este ejercicio el sujeto puede decidir si vive o no. En ambos casos, vivir o no, hay una situación jurídica para el Estado de no-pretensión que consiste en que no puede exigirle a la persona que viva o que deje de hacerlo. Si el sujeto opta por la dimensión positiva del derecho, vivir, surge para ella la pretensión de garantía hacia el Estado. Si, por el contrario, opta por la dimensión negativa del derecho, dejar de vivir, en principio no tiene ninguna situación jurídica de pretensión frente al Estado. No obstante, si la decisión de dejar de vivir deriva del sufrimiento ocasionado por una enfermedad, su situación jurídica cambia a pretensión de ayuda a morir y, correlativamente, nace para el Estado el deber de garantía de esta pretensión.

El sufrimiento intenso e irremediable que ocasionan algunos estados patológicos, en muchos casos lleva a condiciones de vida que el propio paciente valora como indignas. Si en ejercicio de su autonomía, la persona juzga su vida indigna y, en ese mismo ejercicio, decide renunciar a su derecho a la vida o, en otras palabras, ejercer la dimensión negativa del derecho, no solo debe permitírsele, sino ayudársele. La razón para que por el sufrimiento surja legítimamente la pretensión de ayuda a morir, está en el reconocimiento de la dignidad humana. De cara a esta, la vida no se entiende como un mero hecho biológico, sino como vida digna, es decir,

permitía una conducta naturalmente libre, la libertad se reforzaba, se convertía en una libertad jurídicamente protegida”. (Bernal Pulido, 2005, p.p 246).

en conjunto con las prerrogativas constitucionales que derivan de la dignidad, entre las que está el pleno ejercicio de la autonomía, que implica vivir acorde a las propias convicciones. En consecuencia, cuando por el sufrimiento y a partir de la autonomía, la persona juzga su vida indigna, una mera existencia, esta condición no debería ser protegida por el Estado. Con fundamento en la autonomía, el Estado queda liberado del deber de proteger la vida que para su propio titular no es digna, pues contra la voluntad de este no tiene fundamento el amparo constitucional.

La vida que protege el Estado es la *vida digna*, que no es posible si se menoscaba la autonomía. En este sentido, Francisco Farfán (2008) afirma que, en nuestro país, la vida que se tutela en la Constitución Política de 1991 tiene matices y que en un Estado democrático no es posible “*pretender la imposición de una vida contra la voluntad del hombre que a consecuencia de una enfermedad terminal se encuentra en unas circunstancias de indignidad en las que no se reconoce como un ser racional, inteligente y capaz de auto determinarse*” (p. 308). En armonía con esto, Ortega Díaz (2016, p. 25) señala que “*la vida (...) no se reduce a la ‘mera existencia del ser’, al ‘vivir por el sólo hecho natural de vivir’, sino que se integra con otros valores y otras prerrogativas, que comprendidos sistemáticamente crean la categoría de ‘vida digna’.*”

En ausencia de capacidad de autodeterminación (autonomía), en principio, para el Estado prevalece el deber de salvaguardar la vida, pero, si esta está presente, es imperativa su garantía. Entonces, puede afirmarse que el deber de protección de la vida para el Estado surge como situación jurídica de obligación, correlativa del ejercicio de la dimensión positiva del derecho a la vida por parte del sujeto, así como en ausencia de capacidad de autodeterminación⁴¹.

La afirmación de que la vida es un derecho dependiente de la voluntad de su titular no significa que no exista una valoración positiva de aquélla con independencia de

⁴¹ Supuestos en los que la persona nunca haya desarrollado su rasgo de ser autónomo y, por tanto, no sea posible ejercer el consentimiento sustituto. Ejemplo de ello son las personas que nacen con severas lesiones cerebrales por hipoxia (parálisis cerebral), o que durante su niñez, antes de alcanzar competencias para la autodeterminación, sufren lesiones neurológicas que impiden de manera permanente el ejercicio del raciocinio, de la autonomía.

ésta. El ordenamiento constitucional no es neutral: la vida es un valor, la muerte no. Por ello, no sólo es lógico, sino absolutamente consustancial a los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico que el Derecho no sea neutral ante la vida o la muerte, y que prevea medidas tendentes a que el ciudadano que se encuentre en cualquier trance desee la continuidad de su vida. Y sólo cuando pueda asegurarse su voluntad contraria, levante la tutela que le dispensa. Así y sólo así, estará otorgando al ser humano el tratamiento que su dignidad merece (Carbonell, s.f, p. 3).

Una conducta distinta transforma el derecho del paciente en la obligación de vivir una vida indigna, no solo por los oprobios y el sufrimiento que ocasiona la enfermedad, sino, por el menoscabo de su autonomía. El texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida que no sea compatible con la dignidad humana. El deber de vivir una vida carente de dignidad implica una anulación de la dignidad y de la autonomía, es una instrumentalización de la persona para la preservación de la vida como simple hecho biológico o para satisfacer las creencias y convicciones de otros.

(...) la vida, en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano, es un derecho humano fundamental superior e inviolable, pero que no se reduce a <<la mera existencia>>, sino que su efectividad se integra con la garantía de otras prerrogativas constitucionales, entre ellas, el valor y principio rector de la dignidad humana, así como los derechos fundamentales a la igualdad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. (Ortega Díaz, 2016. p. 35).

De otro lado, la calificación de vida digna, siempre que sea posible el ejercicio de la autonomía, corresponde al sujeto. Solo él, de acuerdo con su escala de valores, principios y necesidades puede determinar si su vida carece o no de dignidad. Cuando la persona juzga su vida como indigna por el sufrimiento ocasionado por una enfermedad, no solo tiene la facultad para dejar de vivir, sino que el Estado debe brindarle la ayuda que necesita para morir. Este no puede negarse argumentando el deber de proteger la vida. Como ya se señaló, el alcance de dicho deber de protección para el Estado abarca la dimensión positiva del

derecho, aun si no hay capacidad de autodeterminación (autonomía), pero no llega hasta proteger la vida en contra del titular del derecho, “*sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido*” (Carbonell, s.f, pp. 2-3).

La dignidad humana como principio rector, transversal al ordenamiento jurídico, se materializa en el reconocimiento de derechos fundamentales. De acuerdo con “*VALLE MUÑIZ (1989) la clave de bóveda en la interpretación del alcance y límites de la protección de los derechos fundamentales es el entendimiento de los mismos como realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de la persona.*” (Carbonell, s.f, p. 2). Los derechos fundamentales tienen naturaleza de principios, pues son estos los que definen su contenido (Pino, 2018, p. 178). Los principios constitucionales no son absolutos, por ello, ningún derecho lo es. Entre los principios puede darse colisión, la cual se resuelve mediante ponderación, asignando a cada uno un peso abstracto para determinar en cada caso concreto, cuál pesa más (Alexy, 2003). Mediante la autonomía se realiza ponderación de razones para el ejercicio de esos derechos.

Así, la vida como derecho fundamental tampoco es un derecho absoluto (Ferrerres, 2020), puede someterse a ponderación con otros principios constitucionales para, en cada caso concreto, determinar en qué medida mediante la satisfacción de uno u otro, se materializa en mayor grado la dignidad humana⁴². Como sostienen Bernal Cuellar y Montealegre Lynett (2013, p. 81) “*el respeto por la dignidad humana no está asegurado simplemente con la garantía de ciertos derechos fundamentales considerados en abstracto, puesto que la situación concreta puede exigir ampliar el ámbito de amparo*”. Es decir, si bien los derechos fundamentales, individualmente considerados, buscan materializar la dignidad humana, cuando estos se encuentran en colisión, en cada caso concreto, habrá que determinar en qué medida, de qué manera, y mediante cuál de ellos se logra la mayor

⁴² Los principios constitucionales no son absolutos, están sujetos a las reglas de la ponderación para asignar un peso abstracto a cada uno de ellos, en cada caso concreto. Los derechos fundamentales son la expresión del contenido de los principios constitucionales, por tanto, ningún derecho es absoluto.

En este caso, los derechos en colisión son la vida y la autonomía personal, pues se debe indicar cuál de ellos debe prevalecer, si la vida como valor absoluto independientemente del deseo de su titular o la autonomía de quien toma la decisión de no vivir más por considerar su vida indigna (Ortega Díaz, 2016, p. 17). Así mismo se ha sostenido en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el español. Al respecto, señala Carbonell (s.f, p. 2), “*la vida es un derecho, no un deber y, como ha reconocido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, no existen derechos absolutos.*”

satisfacción posible del principio de dignidad. Cuando el sujeto, en un ejercicio de ponderación, considera su vida indigna, por un lado, la dimensión positiva del derecho a la vida pierde peso concreto, mientras que, por otro, la libre determinación o autonomía gana peso, por lo cual, en este contexto, la ayuda a morir se torna idónea y necesaria⁴³ para satisfacer su dignidad.

En un estado secular y laico, la sacralización del derecho a la vida no encuentra fundamento en la dimensión ético sustantiva de la Constitución, precisamente porque ésta filosofía política propende por la separación entre el Estado y la religión. Así como la pluralidad y la libertad de credo, entre otros. No obstante, como lo expone Ortega Díaz (2016, p. 66) en nuestro ordenamiento jurídico es notoria la intromisión de dogmas éticos, morales y religiosos, en particular de la iglesia católica, en las discusiones jurídicas sobre la ayuda a morir (eutanasia o suicidio asistido). En su libro *Eutanasia. De Delito a Derecho Humano Fundamental* señala que las discusiones respecto a la disponibilidad de la vida deben abordarse al margen de parámetros morales o confesionales. Por el contrario, deben ser desarrollados desde la “*racionalidad secular y laica propia de las sociedades modernas*” (p. 66) con el propósito de materializar principios, valores y derechos universales, tales como la libertad, la autonomía personal y la dignidad. Además, deben dar respuesta a las necesidades propias de las dinámicas sociales. Para este autor el tema de la eutanasia

debe ser regulado al margen de la ética y la religión y más al lado de la defensa del principio y valor fundante del Estado Social de Derecho de la dignidad humana y del respeto por la libertad y autonomía del hombre, máxime cuando en la era del Estado moderno, se supone superada la relación simbiótica entre Iglesia y Estado (p. 160).

En consonancia con lo anterior, Juanatey (2004) considera que “*el castigo de las conductas de cooperación en el suicidio de un tercero ‘no encuentra explicación en la configuración constitucional del derecho de autodeterminación’ y que son más bien razones éticas o religiosas las que permiten justificar su existencia*” (p. 23). En nuestro ordenamiento

⁴³ Alexy describe el test de proporcionalidad como una técnica para resolver la colisión de principios. Está constituido por tres subreglas que deben ser valoradas una a una otorgando peso a cada principio. Estas son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

jurídico, al igual que en el español, las conductas de ayuda a morir son penalizadas. Los tipos en los cuales puede enmarcarse son la ayuda al suicidio y el homicidio por piedad. Así, lo que en el lenguaje común suele denominarse eutanasia, expresión a través de la cual se representan una multiplicidad de situaciones, como se expuso en el capítulo primero, desde el punto de vista penal puede catalogarse como delito, v.gr. ayuda al suicidio y el homicidio por piedad.

Para cerrar este apartado, haré referencia a algunas definiciones de eutanasia que, aunque no coinciden de manera exacta con la definición que se ha propuesto en ésta tesis, tienen con ella elementos en común, los cuales resaltaré porque en estos puntos de convergencia, a mi juicio, se fundamenta la constitucionalidad de la conducta. En el *Manual de Bioética General*, Ciccone (1997, p. 428) la define como:

La muerte indolora infligida a una persona humana, consciente o no, que sufre abundantemente a causa de enfermedades graves e incurables o por su condición de disminuido, sean estas dolencias congénitas o adquiridas, llevada a cabo de manera deliberada por el personal sanitario o al menos con su ayuda (...) porque se considera irracional que prosiga una vida que, en tales condiciones, se valora como ya no digna de ser vivida.

Díez Ripollés (1996, p. 511) en el *Tratamiento Jurídico de la Eutanasia*, indica que es:

(...) aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le cause graves sufrimientos y/o le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado.

Al margen de la discusión desarrollada en el capítulo primero, sobre el significado actual que debe tener la expresión eutanasia⁴⁴, hago alusión a las definiciones de Ciccone y Díez

⁴⁴ "Acto médico encaminado a terminar de manera activa y deliberada con la vida de un paciente, por solicitud de éste, a causa del sufrimiento irremediable y el menoscabo de la dignidad que le ocasiona una lesión física o una enfermedad grave, irreversible e incurable". Definición propia.

Ripollés para resaltar que existen, por lo menos, dos características en común entre estas tres definiciones. Estas convergencias son precisamente las que fundamentan la licitud de la conducta, a la luz de la Constitución. Ellas son: (i) la satisfacción de la autonomía de los pacientes que sufren de manera irremediable por causa de una enfermedad. (ii) La calificación de vida indigna que estas personas hacen de su propia existencia, en razón del sufrimiento.

2.4. El bien jurídico vida y su protección a través del derecho penal.

2.4.1. Prohibición del exceso

La vida como valor, bien jurídico y derecho fundamental debe ser protegida por el Estado, aunque su protección no es absoluta. Como derecho fundamental es una libertad que puede ejercerse en virtud de la autonomía. Entendida como bien jurídico exige la protección del Estado a través del derecho penal. El derecho penal tiene la función de asegurar la convivencia pacífica, mediante la protección subsidiaria de los bienes jurídicos de que son titulares las personas o la sociedad (Bernal Pulido, 2005, p. 311). De allí que ciertos tipos penales se enmarcan en delitos contra la vida, entre ellos los relacionados con la ayuda a morir (homicidio por piedad y ayuda al suicidio).

La lesión al bien jurídico vida, en principio, impone al Estado el deber de sancionar. Sin embargo, según el artículo 32 del Código Penal (Ley 599 de 2000) hay ausencia de responsabilidad cuando “*se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en los que se pueda disponer del mismo*”. Esta norma, consagra una regla de respeto por la autonomía del sujeto para disponer de sus bienes jurídicos, cuando ellos son disponibles. En este trabajo se ha sostenido ampliamente que la vida es disponible para su titular. El mismo análisis es trasladable a su concepción como bien jurídico. Es disponible tanto por tener naturaleza jurídica de libertad: facultad (puede

ejercerse o no), así como por su naturaleza de principio: derecho fundamental (ponderable, no absoluto).

Además, en otros términos, cómo los que señala Rengifo Varona (2019, p. 21), dentro de cada sociedad se desarrollan valores e intereses que adoptan su propio peso. El valor asignado a cada uno de ellos “*se determina al realizar juicios valorativos sobre el objeto de protección, de tal suerte que, si su menoscabo no atenta de manera efectiva contra la preservación de la sociedad o su desarrollo, dicho bien resulta ser disponible*” (p. 21). Por tanto, no son disponibles aquellos bienes que interfieran con el correcto funcionamiento del Estado o la sociedad. Si la vulneración de un bien no trasciende la línea de lo individual, la sanción de su agresión solo podrá aplicarse cuando su titular lo exija, “*la vida merece protección, pero no de todas las conductas, sino tan sólo de aquellas que atenten contra los fines del Estado.*” (Rengifo Varona, 2019, p. 109). Cuando así ocurre el Estado debe responder con su ius puniendi.

La libre disposición de la propia vida es un conflicto intrapersonal (Juanatey, 2004, p. 87), no trasciende a la esfera de la colectividad, por tanto, solo puede considerarse punible una lesión al bien jurídico vida, cuando ésta es producida en contra de la voluntad de su titular, lo que exige la intervención del Estado con su poder punitivo. “*La libertad debe situarse ‘en la cúspide de los valores’ y, por ello, lo que debe hacerse es respetar hasta sus últimas consecuencias el principio de la autonomía de la voluntad: la vida sólo debe ser defendida si el sujeto pasivo, esto es, el titular de dicho bien jurídico, así lo quiere*” (Juanatey, 2004, p. 91). Desde este entendido, la libre disposición del bien jurídico vida por parte del titular, así como no implica punición en el intento de suicidio, tampoco debería comprometer la responsabilidad de quien ayuda a morir por solicitud del titular⁴⁵.

Por lo anterior, es posible sostener que el bien jurídico vida que se protege mediante la potestad punitiva del Estado es el valorado, querido, apreciado por su titular. Así, por ejemplo, Carbonell (s.f.) refiriéndose al ordenamiento jurídico español expone que el derecho

⁴⁵ Otro ejemplo ilustrativo, referido a un bien jurídico equivalente a la vida, es el de la integridad personal en el escenario de un acto médico. En este contexto las lesiones consentidas en el marco de una intervención médica, tales como una amputación, una incisión, etc, son impunes con base en el consentimiento del titular.

a la vida debe entenderse desde una visión integradora entre este y la libertad. Es decir, a la luz del libre desarrollo de la personalidad. Bajo esta interpretación se debe considerar que “*la vida impuesta contra la voluntad de su titular no es un valor constitucional ni puede configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal, (...) sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido*”. La vida es un bien jurídico de naturaleza individual y “*no existe, en ese sentido, una especie de ‘función social de la vida’*”. Las reflexiones de Carbonell sobre el ordenamiento español son trasladables a nuestro contexto pues, en ambos escenarios, nos movemos en el marco del Estado constitucional, caracterizado por poseer una dimensión ético sustantiva, esto es, fundada en valores y principios (Luque, 2014, pp. 19 - 20). En consonancia con esto Rodotà (2010, p. 242) afirma que:

Convertido en <<regla de vida>>, el consentimiento de la persona hace posible una disponibilidad del yo que se extiende a todo el arco de la existencia y que acaba convirtiéndose en regla fundamental del morir (...). Estas reglas del vivir y del morir, en efecto, tienen su raíz en el respeto de la autonomía de la persona. Nacen como reglas de libertad y por tanto deben ser protegidas frente a los riesgos y a la tentación de volver a poner en manos de sujetos externos el poder de adueñarse del cuerpo y su destino, sin que por ello haya que excluir la posibilidad de una provechosa <<alianza terapéutica>> entre el médico y el paciente.

La ayuda a morir solicitada en virtud de la autonomía, por quien padece sufrimientos, no debe ser materia de regulación y sanción penal y menos de imposición de sanciones a través del *ius punendi* del Estado. Esto ya que los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad son un límite a la legislación penal. Por ello, la limitación por parte del derecho penal a los derechos fundamentales solo es posible mediante un ejercicio de ponderación. Cuando se trata de los derechos de defensa contra las intervenciones penales, los principios de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se desarrollan bajo la *regla de interdicción del exceso*. Lo anterior implica que el grado de realización del objetivo de la intervención debe ser menor o, por lo menos

equivalente, al grado de afectación del bien o derecho fundamental que se interviene. Esto significa que la norma debe generar un beneficio mayor que el perjuicio ocasionado con el principio sacrificado. Cuando lo relevante son los derechos de protección, los principios de la ponderación se desarrollan bajo la *regla de la prohibición de protección deficiente*. Esto quiere decir que el legislador con la norma debe garantizar una protección del bien jurídico o derecho en la mayor medida posible y que se prohíbe la protección parcial (Bernal Pulido, 2005, pp. 258 - 290).

El Estado es quien determina la disponibilidad o no del bien jurídico protegido, pero esta potestad no puede ejercerla de manera arbitraria, sino que atiende a las realidades sociales (Rengifo Varona, 2019, p.21) y su ejercicio debe ser compatible con los postulados constitucionales. Como sostiene Guastini (2016, p. 68) si una conducta es calificada como permitida por la Constitución, sería ilegítimo que una ley ordinaria pretendiera prohibirla. Por ello, la tipificación de la ayuda al suicidio y la eutanasia, en casos donde es a petición del sujeto por el insoportable sufrimiento que presenta, puede tornar arbitraria la protección del bien jurídico vida por parte del Estado (Rengifo Varona, 2019). En el caso de la persona que padece intensos sufrimientos por enfermedad grave e incurable, privilegiar la vida como mera existencia y sacrificar el ejercicio de la autonomía de quien sufre, a la luz de esta tesis, es una medida que no supera el test de proporcionalidad. Las normas con esta orientación establecen el deber de vivir una vida carente de dignidad, lo cual contraría a la Carta Política y se constituye en un exceso del poder punitivo del Estado. De otro lado, estas medidas desconocen una demanda social que en torno a la muerte voluntaria y a la ayuda a morir se origina en nuestros tiempos (Gascón, 2002, p. 58).

Si bien, en el Estado colombiano la vida es concebida como un bien jurídico de especial protección por parte del derecho penal, autores como Rengifo Varona (2019, p. 36) consideran que “*existe una sobreprotección de dicho bien jurídico, pues conductas como el homicidio por piedad o la inducción a ayuda al suicidio (en determinados casos) no deberían hacer parte de la legislación penal (...), violentándose la prohibición de exceso que establece la propia doctrina del bien jurídico.*” Al respecto, Ortega Díaz (2016, p. 27) afirma que se debe apartar la eutanasia del ámbito de regulación del derecho penal, ya que

“toda existencia humana que se desarrolle en condiciones dignas, justas y acordes con un proyecto autoconsciente de vida, determinado por el propio individuo, también debe culminar, en iguales condiciones, es decir, por disposición del titular del derecho quien al ver concluido su proyecto vital, su realización personal o prever la imposibilidad de seguir viviendo, opta por finalizar su ciclo anticipadamente, para salvaguardar su dignidad y su valor como un ser humano.”

Comparto con Ortega Díaz (2016) la idea de que de este modo se hace efectivo el principio antropocéntrico, el cual conlleva *“el reconocimiento de la libre autodeterminación de la persona, como máxima expresión del valor y derecho humano fundamental de la libertad, que ligado a la dignidad humana, constituirían para el legislador una guía y a su vez un límite”* (p. 23). Los derechos de las personas *“aun cuando puedan ser considerados valores positivos en sí mismos, constituyen básicamente el contenido de su dignidad, y no pueden ser desgajados de una concepción personalista del hombre como un fin en sí mismo y dueño de su destino.”* (Carbonell, s.f, p. 2). Lo anterior exige establecer una regulación respetuosa de la decisión autoconsciente de un individuo de *“poner fin a su existencia por sí mismo o por intermedio de otro, con el fin de concluir su ciclo vital en condiciones dignas, justas y sin degradación de su ser”* (Ortega Díaz, 2016, p. 23).

Bernal Pulido (2005, pp. 226 - 258) señala que la Constitución protege la libertad general de acción con normas de derecho fundamental. Así la tipificación penal de una conducta implica una intervención en esa libertad general de acción, por lo que, ésta debe estar justificada. Además, la pena debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su imposición. Las intervenciones del Estado en los derechos y bienes de sus afiliados sólo son legítimas si responden a la necesidad de proteger otros derechos o bienes jurídicos y si no lo hacen de manera desproporcionada. Para Juanatey (2004, p. 94) *“la libertad representa la norma de clausura del sistema de derechos fundamentales”*. Rengifo Varona (2019) afirma que el poder punitivo del Estado solo es legítimo si se desenvuelve bajo parámetros de necesidad y protección. En este marco de acción debe aceptarse que *“la*

vida como bien jurídico no sólo contiene una vertiente positiva, sino también otra negativa que requiere reconocimiento por parte del Estado y que, se complementa con otros derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad” (p. 37).

Si bien es claro por qué la vida como valor y principio constitucional es protegida por el Estado, no queda claro por qué cuando su titular decide renunciar a ella, por intermedio de otro, este tercero compromete su responsabilidad, si lo que hace es brindar ayuda a quien decide disponer libremente de un bien que para él es renunciabile, pues como sostiene Bernal Pulido *“(l)os derechos fundamentales en su dimensión negativa y positiva trazan un marco que limita al legislador penal”* (2005, p. 319). Esto, en principio, parecería ser aceptado por el legislador penal colombiano, por lo que en nuestro ordenamiento jurídico el intento de suicidio no es una conducta punible. En consonancia con ello Carbonell, refiriéndose al ordenamiento jurídico español, afirma que *“el suicidio es un acto no prohibido por la ley; y tal consideración conduce a que, materialmente, no pueda resultar obligada la punición de las conductas de participación en un suicidio libremente deseado y cuya voluntad haya sido seriamente expresada.”* (Carbonell, s.f, p. 3).

En un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el respeto por la dignidad (...) en aquellos casos de personas que padecen ‘intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable’, prevalece la decisión libre y voluntaria de quien resuelve finalizar su ciclo vital, toda vez que, la vida digna implica también, el derecho, igualmente fundamental a morir en igual condición, pues no puede obligarse a un ser humano a prolongar su existencia, cuando no lo desea, pues ello equivaldría a permitir un trato cruel e inhumano y a anular su autonomía como sujeto de derechos. En consecuencia, no es necesaria la intervención del aparato punitivo del Estado.” (Ortega Díaz, 2016, p.p. 17 - 18)

A pesar de lo anterior, en nuestro sistema normativo, la ayuda a morir en el marco del derecho penal se sanciona como delito (homicidio por piedad o ayuda al suicidio), aun cuando la conducta dé respuesta a una pretensión jurídica válida del titular del derecho a la vida, originada por el sufrimiento y en uso de su autonomía. No obstante, los pronunciamientos de

la Corte Constitucional han establecido situaciones de no antijuridicidad de la conducta, como se verá en el capítulo tres. Lo cuestionable de estos pronunciamientos, a mi juicio, es que al parecer la no antijuridicidad solo emerge en el contexto de ayuda a morir de pacientes con una enfermedad terminal. Tal hecho desconoce la autonomía y la pretensión de ayuda a morir de muchos otros pacientes que sufren irremediamente por causa de una enfermedad grave, degenerativa e incurable o por un padecimiento grave, crónico, incurable e imposibilitante.

2.4.2. Antijuridicidad de la ayuda a morir

En nuestro ordenamiento jurídico la ayuda a morir del paciente que sufre encuentra justificación en el ejercicio de la autonomía que, con fundamento en el sufrimiento, transforma la situación jurídica de libertad para ejercer la dimensión negativa del derecho a la vida, en una pretensión: la ayuda a morir. Situación frente a la cual el Estado de manera correlativa adquiere el deber de garantía. La voluntad, el consentimiento, la decisión del sujeto para disponer de este bien jurídico son expresiones de su autonomía. La garantía de la autonomía es un principio que caracteriza a la Constitución Política de 1991.

El respeto por la autonomía es reconocido en el Código Penal vigente. Como ya se advirtió, el artículo 32 de este estatuto establece como situación de ausencia de responsabilidad la libre disposición del bien jurídico por parte de su titular. Es decir, determina la carencia de antijuridicidad de una conducta cuando se lesiona un bien disponible, con el consentimiento de su titular. Rengifo Varona (2019, p.17) argumenta que, en materia penal, el consentimiento tiene dos efectos jurídicos. El primero, puede ser una causa de atipicidad, cuando la configuración de la conducta punible exige la ausencia de autorización para la lesión del bien jurídico por parte de su titular. El segundo, puede ser causal de antijuridicidad, cuando la lesión del bien jurídico se encuentra justificada en la voluntad del titular del derecho, que de manera consiente autoriza su lesión. Este autor describe los elementos necesarios para que se dé la justificación de la conducta de la siguiente manera:

consentimiento válidamente emitido por su titular, libre de error, fuerza o dolo; que

sea otorgado de forma previa o concomitante a la conducta lesiva; que sea de manera expresa o tácita y; que se trate de un bien jurídico disponible. De tal suerte que en cumplimiento de éstos, el derecho penal debe ceder frente a la autonomía de la persona (Rengifo Varona, 2019, p. 71).

En este sentido, el derecho a la vida como facultad jurídica, es un bien disponible, su titular *“en uso de la autonomía que le es reconocida, puede consentir que un tercero lo lesione, ya sea de manera directa o cooperando en ello, como en los casos de homicidio por piedad o de ayuda al suicidio”* (Rengifo Varona, 2019, p.72). Al respecto Machado Rodríguez (2012) señala que en la doctrina penal se han realizado distinciones entre acuerdo y consentimiento. Uno tiene consecuencias en la atipicidad, mientras que el otro es una justificante de la conducta. El acuerdo *“actúa excluyendo la tipicidad en los casos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado”* (p. 32). El consentimiento, por el contrario, es *“una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción”* (p. 32).

De conformidad con la disposición normativa contenida en el artículo 32 del Código Penal, en nuestro ordenamiento jurídico el consentimiento del titular del bien jurídico para su disposición es causal de justificación de la conducta. Es decir, da lugar a la exclusión de responsabilidad penal. Este razonamiento, en mi criterio, abarca la disposición que hace el titular del bien jurídico, por intermedio de un tercero, cuando la razón de ello es la salvaguarda de su dignidad humana. En este sentido la eutanasia y el suicidio asistido, entendidos ambos como un acto médico encaminado a terminar de manera activa y deliberada con la vida de un paciente, por solicitud de éste, a causa del sufrimiento irremediable que le ocasiona una enfermedad, no debería comprometer la responsabilidad de quién ayuda a morir. Máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico el suicidio, ni siquiera en la modalidad de tentativa, es un acto punible; por lo tanto, no deberían serlo las conductas de colaboración en el mismo (tipificadas en los artículos 106 y 107 del Código Penal).

La ayuda al suicidio (art .107) es un tipo penal que *persé* implica el ejercicio de la autonomía,

pues por definición el suicidio conlleva la voluntad de morir. Esta conducta carece de antijuridicidad en virtud de la disposición que mediante ella se realiza del bien jurídico vida. Rengifo Varona (2019) citando a Roxin señala que este autor justifica el suicidio asistido, entre otras razones por que “*dogmáticamente es plausible defender la impunidad de la conducta de aquel que ayuda en el suicidio, pues no puede castigarse a quien participa en un comportamiento atípico*” (p. 102). Esta norma es una forma de participación elevada a categoría de tipo penal autónomo, donde se sanciona la participación en un hecho atípico (el suicidio). El principio de accesoriedad en materia de autoría implica que no puede haber participación punible, en un comportamiento en el cual la conducta del autor no es injusta. En síntesis, la configuración de este tipo penal contraría los postulados constitucionales de autonomía y dignidad humana.

Por su parte, el tipo penal de homicidio por piedad (contenido en el art. 106 del Código Penal), no conlleva *per se* el consentimiento del sujeto. El análisis de la conducta punible, bajo la óptica de la Constitución, permite establecer que cuando hay consentimiento y sufrimiento, esta carece de antijuridicidad. De este modo, se encuadran en el tipo únicamente los supuestos en los cuales el comportamiento se desarrolla sin el consentimiento del titular de la vida. Sin embargo, el análisis del alcance y constitucionalidad de estos tipos penales, desborda el objeto de esta tesis. En este trabajo se ha procurado la delimitación conceptual del término eutanasia, significado bajo el cual, a la luz de la Constitución vigente, este acto médico no podría ser considerado un delito.

En síntesis, el reconocimiento de la autonomía da el estatus de vida digna a la existencia, incluso cuando se decide renunciar a ella. Así también, se reconoce la dignidad de la persona cuando, en uso de la autonomía, y en medio del sufrimiento intenso, derivado de una enfermedad grave e incurable o de una lesión física, decide continuar ejerciendo la dimensión positiva del derecho la vida y acude a los cuidados paliativos como un mecanismo para mitigar el dolor y esperar que, de acuerdo con su escala de valores y preferencias, la muerte llegue naturalmente.

La muerte digna, su reconocimiento cómo derecho⁴⁶, su desmitificación y su entendimiento como un hecho que autónomamente puede ser escogido por quien es el titular de la vida, es un tema que debe entrar a analizarse desde una perspectiva humanística más que punitiva y por ello, la intervención del derecho debe estar enfocada no a su represión, sino más al diseño de disposiciones normativas que delineen de manera clara las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se puede practicar la eutanasia y por qué no, establecer su práctica como un derecho, cuya titularidad estaría en cabeza de quienes por sus condiciones físicas no pueden desarrollar un proyecto de vida con dignidad, teniendo siempre como premisa que ‘nadie puede ser obligado a vivir’ si su existencia se reduce únicamente a ser un ser vivo sin más (Ortega Díaz, 2016, p. 21).

La dignidad humana es un principio rector del Estado constitucional instituido por la Constitución Política de 1991. Ésta se concreta en la configuración y garantía de los derechos fundamentales. Implica el reconocimiento de la persona como sujeto moral y autónomo, capaz de autodeterminarse, establecer su proyecto de vida y de muerte en coherencia con su propia escala de valores y preferencias, así como de actuar y tomar decisiones acordes con ello. En virtud de la autonomía -libertad⁴⁷-, la persona tiene la facultad de ejercer la dimensión positiva o negativa de los derechos que se reconocen jurídicamente en aras de concretar la dignidad.

De este modo, en ejercicio de la autonomía, frente al derecho a la vida la persona puede decidir vivir o no. En otras palabras, el derecho a la vida es disponible para su titular. Cuando el individuo opta por la faceta negativa del derecho, dejar de vivir, surge para el Estado la situación jurídica de no-pretensión. Por ello, ni el suicidio ni la tentativa son conductas punibles. En presencia de un sufrimiento que la persona juzga contrario a su dignidad, la situación jurídica inicial de libertad para ejercer la dimensión negativa se transforma en

⁴⁶ En esta tesis no se plantea que la ayuda a morir deba reconocerse a partir del entendimiento de un derecho autónomo a la muerte digna. Lo que se ha sostenido es que el derecho a la vida tiene una dimensión negativa y otra positiva. Su ejercicio desde la dimensión negativa, en principio, solo deriva para el Estado el deber de respeto o una situación jurídica de no pretensión. Sin embargo, cuando en ejercicio de la autonomía y por cuenta del sufrimiento, la persona decide ejercer la dimensión negativa del derecho a la vida, nace el deber de ayuda a morir para el Estado, como un mecanismo para garantizar el respeto por la dignidad humana. En esta dinámica está implícito el logro de una muerte digna, según la propia medida de dignidad del titular del derecho.

⁴⁷“Las situaciones subjetivas que representan el contenido de normas de conducta pueden clasificarse en cuatro: obligación, pretensión, libertad y no pretensión.” (Guastini, 2016, p. 85).

situación jurídica de pretensión, con lo cual, de manera correlativa, surge un deber para el Estado. Éste consiste en la *garantía de la autonomía mediante la ayuda a morir* (eutanasia activa o ayuda al suicidio).

La garantía de la autonomía como mecanismo para concretar la dignidad humana, es la razón constitucional justificante de la práctica lícita de la ayuda a morir. El reconocimiento constitucional de la autonomía exige el respeto por la decisión de dejar de vivir. Cuando esta decisión deriva del sufrimiento que lleva a la persona a valorar su vida indigna y pide ayuda a morir, ésta debe ser concedida como un mecanismo para garantizar la dignidad humana.

El respeto por la autonomía tiene como consecuencia la garantía de una muerte digna, según la propia medida de dignidad del titular del derecho a la vida. La disponibilidad de la vida como derecho o bien jurídico, en ejercicio de la autonomía y por razón del sufrimiento, dan lugar a la legítima pretensión de ayuda a morir como mecanismo para la materialización de la dignidad humana; por lo tanto, a la licitud de la conducta, lo que exige que sea apartada del *ius puniendi* del Estado.

2.5. Conclusiones preliminares

1. Los Estados de derecho contemporáneos poseen una dimensión ético-sustantiva constituida por valores, derechos y principios. En Colombia, la Constitución de 1991 instituyó el principio de dignidad humana como fundante del Estado. Ello quiere decir que la dignidad es un principio transversal a todo el ordenamiento jurídico e implica aceptar que la persona tiene un valor inherente por el mero hecho de ser humano. Además de apreciarla como ser racional, libre y autónomo. De este modo, el respeto por la dignidad tiene una relación directamente proporcional con el reconocimiento de la autonomía.

2. El derecho a la vida también es el resultado del reforzamiento jurídico de una libertad (Bernal Pulido, 2005, pp. 244) del cual emana una facultad. Las facultades son, ontológicamente, ausencia de obligación, ello significa que pueden ser ejercidas o no, por lo

que este derecho no puede constituirse en una obligación. De este modo, puede afirmarse que la vida tiene una dimensión positiva y otra negativa (Bernal Pulido, 2005; Rengifo Varona, 2019), ello implica que, es un derecho disponible. La autonomía es la razón de segundo nivel que le permite al sujeto hacer el balance de sus intereses en juego y decidir si ejerce su derecho o se abstiene de ello. Frente a la dimensión positiva el Estado tiene el deber de protección del derecho a la vida. Mientras que, frente a la dimensión negativa, tiene el deber de no intervenir, una no-pretensión en la relación con el sujeto, esto es, no puede exigirle que viva. Es así como se entretene una relación inescindible entre el principio de autonomía y el ejercicio de los derechos fundamentales, como la vida.

3. Cuando el sujeto opta por ejercer la dimensión negativa del derecho a la vida, solo tiene frente al Estado la pretensión de respeto por la decisión. Sin embargo, cuando se ejerce esta dimensión en virtud del sufrimiento que le ocasiona una lesión corporal o una enfermedad grave, irreversible e incurable que lesiona su dignidad, surge para él otra pretensión frente al Estado, esto es, la licitud de la ayuda médica para morir. El sufrimiento y su relación con la dignidad es una razón jurídicamente válida para que nazca la pretensión de ayuda a morir. Lo anterior quiere decir que, en estos casos, el deber del Estado ya no es únicamente el respeto por la decisión, sino que, también tiene el deber de favorecer la participación activa de un tercero para ejecutarla. Es así como en relación con la vida se establece una relación indivisible entre sufrimiento, autonomía y dignidad humana que determinan la licitud de la conducta.

4. Cuando el sujeto opta por ejercer la dimensión positiva del derecho, surge para el Estado la obligación de garantizarlo. Sin embargo, como ya se ha advertido, esta protección no es a toda costa, no puede hacerse contra la voluntad del titular del derecho. La protección encuentra límites en la autonomía, de lo contrario, el derecho se convertiría en un deber, al margen de la dignidad y la libertad (Carbonell, s.f, pp. 2-3). Además, el derecho a la vida no se reduce a la mera existencia como hecho biológico, sino que, este derecho es una libertad que implica vivir dignamente (Ortega Díaz, 2016, p. 25; Francisco Farfán, 2008, p. 308). Por lo tanto, cuando por el sufrimiento y a partir de la autonomía, la persona juzga su vida indigna, el Estado queda liberado del deber de protegerla, pues contra la voluntad del titular

no tiene fundamento el amparo constitucional.

5. En un Estado secular y laico, la sacralización del derecho a la vida no encuentra fundamento en la dimensión ético-sustantiva de la Constitución, precisamente porque estas características del Estado liberal implican la separación entre el Estado y la religión, así como por la pluralidad y la libertad de credo.

6. Prohibir o sancionar la libre disposición de la vida, que es un asunto del fuero interno de la persona, constituye una intromisión en una libertad que no afecta bienes de terceros. Esto contraría los postulados constitucionales en favor de las libertades individuales que son propios de los Estados liberales de derecho, viola el principio de prohibición del exceso de la teoría del bien jurídico en materia penal y torna arbitraria la protección del bien jurídico por parte del Estado. Esto va en detrimento de la dignidad humana. Si una conducta es calificada como permitida por la Constitución, es inválido que una ley de rango inferior como el Código Penal la prohíba (Guastini, 2016, p. 68).

7. El artículo 32 del Código Penal señala que hay ausencia de responsabilidad cuando se lesiona un bien jurídico, pero se actúa con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, si éste es disponible. Esta norma, consagra una regla de respeto por la autonomía del titular del bien jurídico, en este caso, la vida. Esto quiere decir que en el ordenamiento jurídico colombiano la conducta del homicidio consentido por piedad (contenida en el art. 106 del Código Penal) y la ayuda al suicidio por solicitud de la persona que sufre (art. 107 del Código Penal) no solo encuentran validez en los postulados constitucionales de la dignidad humana y la autonomía, sino que, existe una causal expresa de exclusión de responsabilidad penal aplicable en el análisis de estas conductas.

8. La ayuda al suicidio es un tipo penal que *persé* implica el ejercicio de la autonomía, pues por definición el suicidio conlleva la voluntad de morir. Esta conducta carece de antijuridicidad en virtud de la disposición que mediante ella se realiza del bien jurídico disponible vida. Además, se trata de una forma de participación elevada a categoría de tipo penal autónomo, donde se sanciona la participación en un hecho atípico (el suicidio). De este

modo, como lo señala Roxin, se desconoce el principio de la accesoriedad limitada. En síntesis, la configuración de este tipo penal es inconstitucional.

9. Además del consentimiento para disponer del bien jurídico vida, el sufrimiento por enfermedad, es una razón que da origen a la situación jurídica de válida pretensión de ayuda a morir, pretensión que sumada a la garantía del ejercicio de la autonomía y la dignidad humana impide al derecho penal sancionar el acto médico de la eutanasia y la ayuda al suicidio.

CAPITULO III. DESARROLLO NORMATIVO DE LA EUTANASIA Y EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE EN COLOMBIA

Introducción

En este capítulo se hará una síntesis cronológica, del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el derecho a morir dignamente, en general, y la eutanasia, en concreto. Se expondrán sentencias de control abstracto y difuso de constitucionalidad, tratando de diversificar los supuestos fácticos para conocer el mayor número de reglas al respecto. Es posible que no se aborden todas las sentencias sobre la materia, pero si aquellas más relevantes para los propósitos y la discusión que propone esta tesis. De manera paralela se enunciarán leyes, resoluciones y protocolos sobre la materia que han derivado de los pronunciamientos constitucionales. Lo anterior se citará con apego a las sentencias, sin incluir su análisis. Serán un total de 9 sentencias, 4 resoluciones, un protocolo y una ley.

Para iniciar se enunciará de manera muy breve la sentencia T-493/93, aunque esta no versa sobre el derecho a morir dignamente, se considera primigenia o *fundadora de línea*⁴⁸, en este desarrollo jurisprudencial. La segunda sentencia que se expondrá es la C-239/97, *sentencia hito*, en la que se analiza la constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad, las implicaciones del consentimiento en la eutanasia y los principales pronunciamientos al respecto. Posteriormente, se verá la sentencia C-233/14, en la cual se analiza la constitucionalidad del proyecto de ley Consuelo Devis Saavedra, sobre cuidados paliativos. De manera contigua la Ley 1733 de 2014, sancionada después del este análisis de constitucionalidad. Luego de ello, la Resolución 2665 de 2018 que, reglamenta parcialmente la ley de cuidados paliativos, en lo relacionado con los documentos de voluntad anticipada (DVA).

Seguidamente, se sintetizará lo expuesto en la sentencia T-970/14 y las Resoluciones 1216 de 2015 y 4006 de 2016, proferidas dando cumplimiento a dicha sentencia; así como el

⁴⁸ Siguiendo la Metodología propuesta por Diego Eduardo López Medina, para el estudio de líneas jurisprudenciales, en *El Derecho de los Jueces* (López, 2006, pp. 139 - 162)

Protocolo para la Práctica de la Eutanasia en Colombia. Avanzaré con las sentencias T-322/17, T-423/17, T-544/17 y la Resolución 825 del 2018, derivada de las órdenes impartidas en la última sentencia. Finalmente se enunciarán los principales argumentos sobre el derecho a morir dignamente y la eutanasia expuestos en las sentencias T-721/17 y T-060/20.

La estructura de este capítulo responde a los períodos de desarrollo jurisprudencial y regulatorio enunciados anteriormente. Por esta razón la sección 3.1 analizará el lapso comprendido desde 1993 hasta 2014, siendo la última sentencia proferida en 1997. La sección 3.2 expondrá la regulación del cuidado paliativo entre los años 2014 y 2018, pues este es un fenómeno jurídico transversal al desarrollo del derecho a morir dignamente. La última sección, esto es 3.3, desarrollará la jurisprudencia y reglamentación del derecho a morir dignamente desde el año 2014 hasta la actualidad, la última sentencia de ese periodo fue proferida en 2020.

3.1 Desarrollo jurisprudencial sobre la autonomía del paciente y la eutanasia en los años 1993 y 1997

1. En los antecedentes jurisprudenciales del derecho a morir dignamente, puede señalarse como primer pronunciamiento la sentencia T-493/93. Aunque en esta sentencia el debate no giró en torno a la eutanasia, el problema jurídico versó sobre un asunto intrínsecamente ligado a esta: la posibilidad que tiene una persona de renunciar a tratamientos médicos. En esta oportunidad la Corte decidió sobre el caso de una mujer que padecía cáncer de seno y no deseaba continuar recibiendo quimioterapia. Su hermano, como agente oficioso, interpuso acción de tutela para que el juez le ordenara realizarse el tratamiento. La pretensión fue concedida.

La Corte Constitucional determinó que el fallo proferido por el juez de instancia ordenó a la paciente un patrón de conducta en relación con la enfermedad que padecía, con lo cual menoscabó su potencialidad como persona, su capacidad de autodeterminación y desconoció su derecho a la intimidad personal y familiar. Revocó el fallo al considerar que el accionante

y el juez vulneraron el derecho fundamental de la paciente al libre desarrollo de la personalidad y ordenó la tutela del derecho. Precisó que esta garantía constitucional corresponde a la libertad que tienen los individuos para adoptar la forma y el desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, es así como en su ejercicio las personas pueden renunciar a tratamientos médicos que no deseen.

2. La sentencia hito en la línea jurisprudencial sobre la eutanasia es la C-239/97. En esta se analizó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 326 del Código Penal vigente para la época -Decreto 100 de 1980-, que tipificaba el homicidio por piedad, sancionando la conducta con una pena de 6 meses a 3 años. Los argumentos de la demanda se basaron en que, la menor graduación de la sanción de este tipo penal en relación con el homicidio simple o agravado desconocía la vida como un derecho inviolable, era discriminatoria de los enfermos y se constituía en un permiso para matar o exterminar a los más débiles. El análisis de constitucionalidad de la norma fue realizado por la Corte en dos momentos. En el primero, determinó si la menor sanción impuesta a este tipo penal era contraria a la Constitución. En el segundo, analizó las implicaciones del consentimiento del sujeto pasivo de la conducta en su antijuridicidad.

Frente al primer aspecto determinó la constitucionalidad de la sanción. Para ello, analizó los elementos del tipo penal de homicidio por piedad. Definió que este describe elementos subjetivos y objetivos. El elemento subjetivo hace referencia al móvil de la conducta, en este caso la piedad. El elemento subjetivo tiene incidencia sobre la culpabilidad que es un determinante en la tasación de la sanción. Señaló que en el derecho penal de acto, por el que opta el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 29 CP), la pena se condiciona a la antijuridicidad de la conducta y debe ser proporcional al grado de culpabilidad del actor. El análisis del elemento subjetivo del tipo llevó a la Corte a concluir que es constitucionalmente válido establecer una sanción menor a quien mata por piedad, con fines altruistas, en comparación con quien lo hace movido por fines egoístas. En relación con el elemento objetivo señaló que hay tipicidad de la conducta de homicidio por piedad, cuando el sujeto pasivo de la acción padece de intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.

En cuanto al segundo asunto, el consentimiento del sujeto pasivo, aclaró que el tipo penal de homicidio por piedad admite que el sujeto pasivo de la conducta consienta o no en su propia muerte. Sin embargo, consideró que la presentación de consentimiento no puede ser un hecho inocuo, pues este, a la luz del Estado constitucional tiene implicaciones jurídicas relevantes. Así resaltó que el consentimiento en muchos delitos vg. el hurto, la extorción, el secuestro, es una causa de atenuación de la sanción o incluso de antijuridicidad de la conducta y, en otros casos, de atipicidad.

El consentimiento, según lo definió la Corte, es una manifestación de la autonomía, la posibilidad que tiene el sujeto moral de decidir sobre los aspectos que solo a él conciernen, esto es, su propia muerte. Indicó que el respeto por la autonomía deriva del reconocimiento de la dignidad humana que *“encuentra en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión”*. Afirmó que si bien el ordenamiento jurídico que define la Carta Política de 1991 está a favor de la vida, esto no implica su sacralización, pues ello se contrapone con la forma de Estado secular, pluralista y laico que pregona la misma Carta. Así mismo que, en la Constitución Política se privilegia el respeto por la autonomía del individuo como sujeto, lo que implica que el Estado no puede imponer deberes jurídicos con fundamento en posiciones religiosas, aunque estas sean las de la mayoría. La Corporación sostuvo que la decisión del individuo sobre el fin de su vida no merece reproche penal y que si las condiciones extremas que vive hacen de su vida indeseable, indigna y no tiene alivio, puede decidir si continúa viviendo o no. Así lo expresó:

la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral. De nadie

puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir. Quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad.

El análisis de las implicaciones del consentimiento o manifestación de voluntad, del sujeto pasivo, en el homicidio por piedad, llevó a la Corte a migrar en su análisis de una conducta típica y antijurídica, penalizada en el ordenamiento jurídico: *el homicidio por piedad*, hacia la definición de una conducta no antijurídica⁴⁹: *la eutanasia*. Esta situación, se fundamentó en valores del ordenamiento jurídico como la solidaridad, la proscripción de los tratos crueles e inhumanos, el respeto por la autonomía del sujeto moral: la dignidad humana. En palabras de la Corte:

El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un

⁴⁹ “La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir.”

enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción.

No obstante, aclaró que para que el consentimiento sea válido y opere como condición de antijuridicidad, debe carecer de vicios, lo cual solo es posible a través del suministro de información calificada al enfermo terminal. Es decir, amplia, clara y suficiente. Para que se cumpla con el estándar de idoneidad de la información, esta debe ser dada por un médico. De este modo, en la Sentencia C-239/97 la Corte Constitucional no solo realizó el análisis de constitucionalidad de la sanción impuesta al tipo penal de homicidio por piedad, y aclaró que en este delito una sanción menor al tipo penal de homicidio simple o agravado es compatible con la Carta Política. Sino que, además, interpretó la norma en el sentido que, cuando el acto se ejecuta en cumplimiento de la voluntad de un paciente en estado terminal, la conducta carece de antijuridicidad.

En conclusión, en este pronunciamiento se estableció distinción entre el delito de homicidio por piedad, cuya sanción se encontraba consagrada en el artículo 326 del antiguo Código Penal y la conducta eutanásica lícita. Esta última entendida como el acto de un médico de dar muerte voluntaria a una persona que, padece una enfermedad en estado terminal, con pronóstico de vida corto, que le ocasiona intensos sufrimientos y que solicita el procedimiento. Escenario en el cual la conducta carece de antijuridicidad, en virtud del consentimiento y, por tanto, no puede ser penalizada. Indicó que cuando una persona sufre una enfermedad que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad y que por ello no desea seguir viviendo, el Estado no puede oponerse a esta decisión. Así mismo, estableció que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente.

La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 326 del Decreto-Ley 100 de 1980 con la advertencia de que, en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre

del sujeto pasivo del acto, no podría derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada. En esta sentencia exhortó por primera vez al Congreso de la República para que regulara el tema de la muerte digna y sugirió algunas de las condiciones de dicha regulación, en especial, énfasis en la calidad del sujeto pasivo, del sujeto activo y en la manera de obtener el consentimiento.

3.2. Regulación del cuidado paliativo en los años 2014 y 2018

1. La tercera sentencia que integra la línea jurisprudencial materia de análisis, no desde la licitud de la eutanasia, sino desde el alcance del derecho a morir dignamente es la C-233/14. Mediante ésta la Corte Constitucional analizó las objeciones gubernamentales formuladas por los Ministerios del Interior y de Salud al proyecto de Ley Consuelo Devis Saavedra, que regula los servicios de cuidados paliativos⁵⁰ para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales⁵¹, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida⁵².

El Gobierno Nacional objetó tres normas de la ley por considerar que tocaban el núcleo esencial del derecho fundamental a la vida y la dignidad humana. En su argumentación afirmó que esta ley regulaba en forma estructural el derecho a la vida de los pacientes, trataba disposiciones que ya habían sido discutidas en la sentencia C-239/97 e incluía la posibilidad de desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos fútiles e innecesarios. Adicionalmente, sostuvo que la norma autorizaba a los médicos a dejar de prolongar la vida de los pacientes con muerte cerebral de forma artificial, esto sin requerir el consentimiento

⁵⁰ **Artículo 4°.** *Cuidados Paliativos. Son los cuidados apropiados para el paciente con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible donde el control del dolor y otros síntomas, requieren, además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia. La medicina paliativa afirma la vida y considera el morir como un proceso normal.*

⁵¹ **Artículo 3°.** *Se define como enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida aquella que es de larga duración, que ocasione grave pérdida de la calidad de vida, que demuestre un carácter progresivo e irreversible que impida esperar su resolución definitiva o curación y que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto.*

⁵² **Artículo 2°.** *Enfermo en fase terminal. Se define como enfermo en fase terminal a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.*

de los familiares. Por todo lo anterior el Gobierno Nacional consideró que ésta ley debió tramitarse como una estatutaria y no como una ordinaria, como en efecto se hizo. Los artículos objetados fueron los siguientes:

1. Apartado del párrafo del artículo 4° que establece: *“Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos”*.
2. El artículo 1°, que determina como objeto de la ley regular *“(...) el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcional[idad] terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en los casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida”*.
3. El numeral 4° del artículo 5° en el cual se indica que *“[t]oda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos”*

Respecto del párrafo del artículo 4° del proyecto de ley, la Corte consideró que dicha disposición no tiene naturaleza estatutaria. Según analizó ésta norma exime al médico del deber de mantener el funcionamiento de otros órganos cuando hay muerte cerebral, escenario en el cual no se determina nada en relación con la vida, pues la situación de muerte encefálica implica justamente su ausencia. En este sentido el médico no decide nada sobre la terminación de la vida de un paciente. Para esta Corporación el artículo 1° y el numeral 4° del artículo 5° del proyecto,

la suscripción del documento de voluntad anticipada, no tienen contenido normativo de naturaleza estatutaria. En realidad,

(e)sta manifestación de voluntad implica la renuncia a tratamientos innecesarios, es decir, a aquellos tratamientos que se aprecian como fútiles (...). Dichos tratamientos serán aquellos que, sin importar las consecuencias para el paciente o para su familia, busquen curar o extender su vida en condiciones de –fase terminal de una enfermedad degenerativa, irreversible e incurable-; razón por la cual su realización configura casos del llamado encarnizamiento o ensañamiento terapéutico.

Con lo anterior no se genera una renuncia a la posibilidad de curarse ya que no existe, tampoco se define si se sigue con vida o no, por lo que no es una autorización para el procedimiento eutanásico.

El documento de voluntad anticipada que autoriza el proyecto objetado tiene las siguientes características:

i) Refleja la posibilidad que tiene el paciente de negarse a que le sean realizados tratamientos innecesarios, la cual, ha sido tradicionalmente reconocida en el ordenamiento colombiano, como evidencia el artículo 13 del Código de Ética Médica –ley 21 de 1983 (sic)-; y las resoluciones 13437 de 1991 y 4343 de 2012; (ii) No implica la facultad de que el paciente determine cuáles tratamientos son o no necesarios. Esta es una atribución que únicamente los profesionales de la medicina pueden ejercer. La Voluntad Anticipada es, por el contrario, una manifestación general de que ante el eventual escenario de enfermedad degenerativa, crónica e irreversible que se encuentre en fase terminal, no le sean realizados tratamientos que, de acuerdo al estado de la ciencia médica, se consideren innecesarios. (iii) Dicha manifestación, además de que NO implica el ejercicio de un derecho nuevo en el ordenamiento jurídico, tiene fundamento en el principio de proporcionalidad, pues su objetivo es evitar que se lleven a cabo tratamientos desproporcionados a un paciente en fase terminal, es decir, tratamientos que, teniendo un carácter curativo, se realicen en una fase en la que la enfermedad ya no es curable –en

tanto se considera irreversible-; (iv) En tanto no se define sobre si se recibe una cura o no, no se decide sobre el derecho a la salud; ni, de forma mediata, sobre el derecho a la vida de una persona. (v) La Voluntad Anticipada no reconoce derecho diferente a aquellos de los que, conforme al ordenamiento jurídico vigente en cada momento, ya es titular todo paciente. El aporte de este instrumento, es la posibilidad de ejercer dichos derechos incluso cuando, como consecuencia de la fase terminal en que se encuentre la enfermedad degenerativa, no le sea posible expresarse de otra forma. (vi) En complemento de los dos literales anteriores, la suscripción de este documento no implica decisión sobre la terminación anticipada de la vida del paciente. Ni siquiera tendría fundamento el argumento de que dicha decisión se presenta de forma mediata al renunciar a un determinado tratamiento, pues, se reitera, el paciente no ha decidido cuáles tratamientos se aprecian como innecesarios en su caso. (vii) De manera que no existe duda respecto del carácter no eutanásico del artículo 1º y del numeral 4º del artículo 5º del proyecto de ley objetado.

Además, la Corte afirmó que las voluntades anticipada serán aplicables únicamente cuando:

i) se esté afectado por una enfermedad crónica y progresiva; ii) que no sea susceptible de un tratamiento curativo, en tanto los tratamientos previsiblemente útiles han dejado de ser eficaces; y iii) que se encuentre en fase terminal, es decir, que tenga un pronóstico fatal próximo o en un plazo relativamente breve.

Respecto a los cuidados paliativos, manifestó con fundamento en doctrina especializada que estos pretenden: (i) Alcanzar y mantener un nivel óptimo de control del dolor y de los efectos de su sintomatología. (ii) Afirmar la vida y entender el morir como proceso normal. (iii) No apresurar ni posponer la muerte. De esta manera, su propósito no consiste en prolongar la vida de manera artificial o no natural. (iv) Integrar los aspectos psicológicos y espirituales en los cuidados brindados al enfermo. (v) Ofrecer las herramientas para que los pacientes vivan de manera activa, en la medida de lo posible, hasta el momento de su muerte.

La Corte Constitucional declaró infundadas las objeciones gubernamentales y la exequibilidad del proyecto de ley.

2. Luego del análisis de constitucionalidad en la sentencia C-233/14 fue promulgada la Ley 1733 de 2014, Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.

3. La Resolución 2665, expedida en el año 2018, reglamenta parcialmente la Ley 1733 de 2014, Consuelo Devis Saavedra, en relación con el derecho a suscribir el documento de voluntad anticipada (DVA). De conformidad con el objeto descrito en el artículo 1:

cualquier persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales y con total conocimiento de las implicaciones de esa declaración, respecto a no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos innecesarios que pretendan prolongar su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y garantizando el cumplimiento de dicha voluntad.

Es una manifestación de voluntad de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos innecesarios que pretendan prolongar la vida. Este mecanismo es una garantía de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, cuando el paciente se encuentre en imposibilidad fáctica para manifestarlo.

Además de los datos de identificación, este documento, según el artículo 4, debe contener:

la manifestación específica, clara, expresa e inequívoca respecto a sus preferencias en relación al cuidado futuro de su salud e integridad física, así como indicaciones concretas de su cuidado y preferencias al final de la vida, que considere relevantes en el marco de sus valores personales, su entorno cultural, sus creencias religiosas o su ideología.

La voluntad anticipada admite diversos medios para su consagración, tales como: videos, audios, documentos escritos y debe formalizarse ante notario, dos testigos o ante el médico tratante, ella puede ser modificada, sustituida o revocada en cualquier momento.

3.3 Desarrollo jurisprudencial y reglamentario del derecho a morir dignamente desde el año 2014 hasta el 2021

1. La cuarta sentencia de esta línea jurisprudencial es la T-970/14. En ella se analizó la solicitud de eutanasia en la ciudad de Medellín, para Julia, una mujer con cáncer en estado terminal.

La mujer fue diagnosticada con cáncer de colon y padeció por 5 años las consecuencias de la enfermedad y del tratamiento: hemicolectomía, carcinomatosis abdominal, diseminación pulmonar, cuadros de obstrucción intestinal, pérdida de peso, dolor severo y efectos colaterales de los múltiples ciclos infructuosos de quimioterapia: intensa astenia, adinamia, cefalea, náuseas y vómito. Finalmente su médico tratante consignó en la historia clínica que el cáncer estaba en franca progresión y que se debía brindar el mejor cuidado paliativo.

Ante ello, la paciente solicitó al médico paliativista la práctica de la eutanasia, pero este se rehusó argumentando que ello era una especie de homicidio que él no consentía. La mujer, en estado terminal, interpuso una acción de tutela solicitando el amparo de su derecho a la vida digna y que, en consecuencia, se ordenara a la EPS determinar la fecha y hora para “*morir dignamente y de manera tranquila a través de la eutanasia*”. El juez negó las pretensiones con fundamento en que no se lograron probar las condiciones mentales de la paciente para dar su consentimiento y en la ausencia de reglamentación legal para la práctica de dicho procedimiento. En sede de revisión, la Corte conoció del fallo referido y a pesar de que para entonces la paciente había fallecido como consecuencia natural de su enfermedad, se pronunció sobre el tema.

En primer lugar, reiteró, con base en la sentencia C-239/97, los postulados por los cuales, en un Estado constitucional, la eutanasia debe ser despenalizada, al respecto indicó:

(...) el deber de no matar encuentra excepciones en la legislación a través de figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad. En virtud de esas disposiciones, el daño no sería antijurídico. En el homicidio por piedad, cuando medie el consentimiento del sujeto pasivo, el carácter relativo de esta prohibición jurídica se traduce en el respeto a la voluntad del sujeto que sufre una enfermedad terminal que le produce grandes padecimientos, y que no desea alargar su vida dolorosa. La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que, por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir.

En segundo lugar, la Corte hizo referencia a la sentencia C-239/97 y afirmó que en ella se declaró la existencia del derecho fundamental a morir dignamente. Con fundamento en esto, desarrolló los argumentos por los cuales el derecho a morir dignamente tiene el carácter de derecho fundamental. Indicó que las razones radican en que: (i) *la dignidad humana es su eje central*, en tanto valor fundamental del sistema jurídico y principio de principios; (ii) *la estructura de un derecho subjetivo* es evidente, pues en él pueden distinguirse un sujeto activo, un sujeto pasivo y una obligación jurídica; y (iii) existe consenso dogmático constitucional, legislativo o internacional sobre su fundamentalidad⁵³.

Así las cosas, el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho

⁵³ En síntesis, en relación con los derechos fundamentales, la Corte ha dicho que (i) la característica esencial es su fundamento y relación estrecha con la dignidad humana, pero además que para identificar su carácter de fundamental (ii) el juez debe evaluar (de manera flexible) consensos a nivel dogmático, constitucional, de derechos humanos o legislativos. Es decir, no se trata de un asunto aislado sino que la opinión debe tener cierta relación intrínseca entre lo que se pretende como fundamental, y la idea misma de derecho subjetivo. Ligado con lo anterior, la fundamentalidad de un derecho (iii) depende de la posibilidad de traducirlo en un derecho subjetivo, en la mayor medida de lo posible pues existen garantías en las que resulta muy difícil determinar el extremo activo, pasivo y el contenido de las obligaciones impuestas. Pese a todo lo anterior, (iv) cada caso debe ser analizado de manera concreta pues la proliferación de derechos fundamentales sin garantías verdaderas, puede convertirse en ineficacia normativa. (Corte Constitucional, T 970/14, 2014)

fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría. Es un derecho complejo pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos. En todo caso, es claro que existe una relación estrecha con la dignidad, la autonomía y la vida, entre otros.

En consonancia con lo anterior, sostuvo que la persona como sujeto moral es la única que puede decidir qué hacer con su vida. Así mismo, que en un Estado Social y Democrático de Derecho, los derechos no pueden convertirse en obligaciones. En este escenario de garantía de la voluntad, el deber del Estado de proteger la vida debe ceder. En esta sentencia la Corte manifestó:

El deber constitucional del Estado de protección de la vida debe ser compatible con otros derechos como la dignidad y la autonomía. De ahí que frente a aquellas personas que padecen una enfermedad terminal ese deber cede ante su autonomía individual y a su consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna.

Además, la entidad determinó que el procedimiento para garantizar el derecho a morir dignamente puede ser múltiple, en algunos casos mediante la eutanasia y en otros a través del cuidado paliativo, según la decisión del paciente. En relación con la manifestación de voluntad señaló que:

(...) el consentimiento puede ser previo, posterior, formal o informal (...). En el mismo sentido, la voluntad podrá ser expresada formal (por ejemplo por escrito), así como también informalmente (de manera verbal) (...). De otro lado, el consentimiento también puede ser sustituto (...). En esos casos y en aras de no prolongar su sufrimiento, la familia, podrá sustituir su consentimiento.

En esta decisión, en consonancia con la sentencia C-239/97, la Corte concluyó que, (i) cuando una persona padezca una enfermedad terminal⁵⁴ que le produzca sufrimiento de envergadura tal, que lo hace incompatible con la propia idea de dignidad. (ii) Manifieste la voluntad de provocar su muerte, mediante un consentimiento libre, informado e inequívoco. (iii) Deberá practicársele algún procedimiento médico, normalmente eutanasia, que garantice su derecho a morir dignamente. (iv) El procedimiento debe estar encaminado a hacer efectiva la voluntad del paciente de ejercer su derecho a morir dignamente y debe cumplir con los criterios de prevalencia de la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad e imparcialidad.

Finalmente, la Corte resolvió el caso concreto planteado en la tutela. En primer lugar, afirmó que la Constitución tiene eficacia normativa directa, en especial frente a la protección de los derechos fundamentales. Por tanto, la ausencia de reglamentación sobre la muerte digna no es óbice para negar el derecho fundamental de la paciente, como lo afirmó la EPS accionada. En segundo lugar, ordenó al Ministerio de Salud emitir una directriz y disponer lo necesario para que los prestadores de servicios de salud conformen Comités Interdisciplinarios para la práctica de la eutanasia. Estos comités deberían remitir al Ministerio de Salud un informe de cada caso de solicitud del procedimiento. Así mismo, le ordenó a estas entidades emitir un protocolo médico para la práctica de la eutanasia.

También exhortó al Congreso de la República a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los presupuestos y criterios establecidos en su jurisprudencia. Afirmó que

sin normas claras y procedimientos precisos, los médicos no sabrán con exactitud cuándo están cometiendo un delito y cuándo concurriendo a la satisfacción de un derecho fundamental (...) esa delimitación jurídica también es beneficiosa para los pacientes pues en esos casos se trata de remover barreras materiales para que sus derechos se vean realmente materializados.

⁵⁴ Este criterio consta de dos elementos, el objetivo, consistente en padecer una enfermedad terminal de la que se espera que la muerte llegue en poco tiempo, “ante lo cual la persona no escoge entre vivir y mucho tiempo, sino entre morir dignamente y vivir sin calidad” y, el elemento subjetivo, consistente en padecer intensos sufrimientos.

En virtud de la sentencia T-970/14 el Ministerio de Salud y Protección Social, (1) emitió la Resolución 1216 de 2015, que regula el procedimiento para la práctica de la eutanasia. En especial, la conformación y funcionamiento de los Comités Científicos Interdisciplinarios. Así mismo, (2) profirió la Resolución 4006 de 2016 por medio de la cual se crea el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para el control de los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir dignamente, que sean conocidos por los Comités Interdisciplinarios. Finalmente (3) creó un protocolo médico para la práctica de la eutanasia.

2. La Resolución 1216 de 2015, regula el procedimiento para la práctica de la eutanasia. Esta norma en su artículo 2, define como paciente terminal

a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.

En relación con el diagnóstico de paciente en fase terminal, señaló que, en caso de duda, se puede requerir segunda opinión o consultar con un grupo de expertos (parágrafo art. 2.). En cuanto a la solicitud del procedimiento, en el artículo 15 dispone puede ser realizada por un mayor de edad que cumpla los requisitos de la sentencia T-970/14. El consentimiento debe ser libre, informado e inequívoco, puede ser expresado de forma previa a la enfermedad terminal. En caso de que la persona esté en incapacidad fáctica o legal para manifestar su voluntad, la solicitud *“podrá ser presentada por quienes se encuentren legitimados para dar el consentimiento sustituto, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresada previamente mediante un documentos de voluntad anticipada o testamento vital (...)”*.

El Protocolo para la Aplicación del Procedimiento de Eutanasia en Colombia entre otros asuntos contiene la definición de enfermo terminal, el proceso para valorar la capacidad del paciente y las intervenciones farmacológicas. De conformidad con el protocolo:

Enfermo terminal es aquel paciente con una enfermedad medicamente comprobada avanzada, progresiva, incontrolable que se caracteriza por la ausencia de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento, por la generación de sufrimiento físico -psíquico a pesar de haber recibido el mejor tratamiento disponible y cuyo pronóstico de vida es inferior a 6 meses.

3. La quinta sentencia de la línea jurisprudencial que desarrolla el derecho a morir dignamente y los criterios de no punición de la eutanasia es la T-322/17. En ella la Corte revisa el caso de Reinaldo Ancona Gómez, un adulto mayor de 91 años, que en el año 2015 solicitó la eutanasia en la ciudad de Popayán, por estar solo, enfermo y desamparado.

El paciente acudió a su IPS pidiendo la práctica del procedimiento, pero luego de la valoración por psiquiatría, le fue negado por no gozar de buena salud mental. Por lo anterior, interpuso la acción de tutela en la cual sostuvo que, aunque se encuentra bien de salud mental, no puede caminar bien, está próximo a quedar en silla de ruedas y que no tenía quien velara por él. Señaló vivir con una sobrina que no puede cuidarlo y tener varios hijos con los cuales no mantenía contacto. El juez de instancia negó la pretensión porque el accionante no cumplía con las condiciones para la aplicación del procedimiento, según lo señalado en la jurisprudencia constitucional y en la Resolución 1216 de 2015, pues no padecía una enfermedad grave o en estado terminal. *“Por el contrario, ha sido diagnosticado con depresión mayor severa, vértigo de Menniere e hipertensión arterial, patologías que (...) no ponen en riesgo su salud ni generan indignidad en su vida”*.

En sede de revisión la Corte realizó un recuento jurisprudencial sobre el derecho a morir dignamente desarrollado hasta entonces, comenzando por la sentencia C-239/97. Además, en el año 2017 hizo verificación de las condiciones del accionante y evidenció que las mismas cambiaron, pues una de sus hijas se había hecho cargo de su cuidado y que, para en ese entonces, el paciente ya no reclamaba el procedimiento. En este sentido, la Corte resaltó el deber de constatación que tiene el juez para conocer la realidad social de los accionantes. Afirmó que el juez *“Debe distinguir entre una situación dramática pero superable, de una*

situación trágica que imponga cargas heroicas frente a los sufrimientos que comprometan gravemente la posibilidad de existir en dignidad.”

Así mismo indicó que, los adultos mayores son sujetos de especial protección y que la sociedad y la familia tienen el deber constitucional de brindarles protección y asistencia. Por ello, sostuvo que el caso del paciente no se trataba de una simple carencia de requisitos procesales para la práctica de la eutanasia, sino que fue movido por una profunda depresión y que su caso tiene “*hondas connotaciones humanas*”. Por lo anterior confirmó la decisión del juez de primera instancia, pero ordenó a la administración municipal hacer seguimiento a las condiciones de vida del accionante, mediante el programa de protección al adulto mayor.

4. La sexta sentencia de esta línea jurisprudencial es la T-423/17. La Corte Constitucional revisó la solicitud de eutanasia para Sofía, una mujer de 24 años, residente del municipio de Arauca, diagnosticada con un tumor neuroectodérmico primitivo en febrero de 2016, catalogado en estado terminal.

La paciente se sometió a varios tratamientos médicos, incluso por fuera del país, pero por la agresividad del tumor desarrolló 10 procesos metastásicos y finalmente su enfermedad fue catalogada en estado terminal. En agosto del mismo año, ella decidió no continuar con el tratamiento de quimioterapia por los terribles efectos adversos que le ocasionaba. Luego de esto siguió siendo atendida en su casa por un médico internista a quien le solicitó la práctica de la eutanasia, pero este se negó. En octubre de 2016, elevó la solicitud al hospital municipal de Arauca, entidad que también negó el procedimiento indicando que no contaba con el servicio de oncología, por lo que no tenía un especialista que le permitiera conformar el Comité Científico Interdisciplinario para la práctica de la eutanasia, de conformidad con la Resolución 1216 de 2015.

En consecuencia, el 20 de octubre de 2016, la madre de Sofía, actuando como agente oficioso, interpuso acción de tutela para la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de su hija. El Tribunal de instancia amparó la solicitud el 3 de noviembre de 2016 y ordenó a la EPS designar un centro hospitalario para la práctica del procedimiento.

Esta entidad luego del fallo le indicó a la paciente y a su familia que el procedimiento podría ser realizado en Bogotá o en Bucaramanga. Ellos inicialmente se opusieron por las implicaciones físicas y morales que conllevaba para toda la familia el traslado a otra ciudad; no obstante, ante la terrible deformidad física que sufría Sofía y el dolor que ello le ocasionaba, el 4 de enero de 2017 aceptaron ser llevados a Bucaramanga.

Así Sofía, su madre y sus hermanos fueron trasladados a esta ciudad el 6 de enero de 2017, pero al llegar a la clínica (CONFACOL) se evidenció carencia de organización por parte de la EPS, los profesionales de la salud de esta institución no conocían el caso de la paciente. No se había allegado la historia clínica y la remisión no decía que el traslado se había efectuado para la práctica de la eutanasia, sino para el manejo del dolor. La paciente permaneció unas horas en el servicio de urgencias de esa institución, finalmente fue llevada a una habitación y falleció al día siguiente.

La Corte revisó el caso no solo porque la pretensión del accionante era la eutanasia, además, para hacer un análisis de la situación de la paciente a la luz de la garantía del derecho fundamental a la salud, consagrado en la Ley 1715 de 2015. El Tribunal valoró las circunstancias de oportunidad, prestación del servicio y acompañamiento psicológico a la paciente y a su familia de conformidad con la Resolución 1216 de 2015. Concluyó que las excesivas trabas administrativas que se le impusieron a la paciente prolongaron su sufrimiento, lo cual fue violatorio de sus derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente. En palabras de la Corte:

Sobre la prolongación del sufrimiento ante la demora de una EPS en suministrar un medicamento, o practicar un tratamiento o procedimiento, la Corte ha sostenido que la extensión injustificada de una dolencia o una disfuncionalidad vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas, aun cuando no se esté ante la inminencia de muerte (...).

Con todo, debe decirse que el servicio de salud debe prestarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad

e igualdad. La prestación del servicio de salud en estos términos se ve limitada cuando se imponen barreras o trabas administrativas por parte de la entidad prestadora de salud, no imputables al paciente. Una de las consecuencias que ello genera es la prolongación del sufrimiento que consiste en la angustia emocional que les produce a las personas tener que esperar demasiado tiempo para ser atendidas y recibir tratamiento. Esta clase de conductas generan una grave afectación de los derechos fundamentales no solo a la salud, sino a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas.

A la luz del desarrollo jurisprudencial y normativo sobre la eutanasia, hasta entonces -sentencias C-239/97 y T-970/14 y las resoluciones 1216 de 2015 y 4006 de 2016-, la Corte confirmó la decisión del juez de instancia, a pesar de existir carencia actual de objeto por daño consumado y analizó la responsabilidad de cada una de las entidades involucradas en la atención de Sofía. A saber, el médico de atención domiciliaria, el hospital municipal de Arauca, la Nueva EPS, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud. Determinó la responsabilidad de cada uno de ellos en la violación de los derechos fundamentales de la paciente, les impuso sanciones y les impartió distintas órdenes.

Estableció la responsabilidad de la EPS por (i) no contar con red hospitalaria en el municipio de Arauca para garantizar de manera oportuna la realización del procedimiento de eutanasia. (ii) No brindar la adecuada y oportuna ayuda psicológica a *Sofía* y su familia, durante y después de la práctica del procedimiento. Por, (iii) la prolongación del sufrimiento físico y psicológico debido a la imposición de trabas administrativas. En palabras de la Corte:

El trámite al que fue sometida prolongó su sufrimiento, contrarió su voluntad de morir dignamente y en las condiciones en que ella lo deseaba, acompañada de su familia y en su hogar, vulnerando de ese modo su derecho fundamental a la salud, a una vida en condiciones dignas y a morir dignamente.

De esta providencia se destacan tres órdenes impartidas por la Corte Constitucional. La primera, a la EPS consistente en realizar un acto público de desagravio para Sofía y su

familia. La segunda, al Ministerio de Salud y de la Protección Social de iniciar el control de los casos de solicitud de eutanasia, desde el momento mismo en que el paciente hace la primera petición y no solo cuando esta sea conocida por el Comité Técnico Científico. Además, gestionar con las EPS e IPS para que emitan una carta de derechos donde den a conocer ampliamente a sus pacientes el derecho que tienen a morir dignamente. La tercera orden estuvo dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adopte las medidas necesarias para verificar la correcta implementación de la regulación sobre el derecho fundamental a morir dignamente, de tal forma que pueda verificar que las EPS e IPS del país cuenten con la infraestructura y el personal idóneo para garantizar de manera efectiva la práctica del procedimiento de eutanasia.

5. En el mismo año que profirió la sentencia anterior, la Corte emitió la que será la séptima providencia en esta línea jurisprudencial sobre el derecho a morir dignamente, la T-544/17. En esta ocasión analizó la solicitud de eutanasia en el año 2016 para Francisco, un menor de edad de 13 años, con parálisis cerebral.

En este pronunciamiento se valoró la situación de un menor, con diagnósticos de: parálisis cerebral infantil espástica secundaria a hipoxia neonatal, epilepsia de difícil control, escoliosis severa, displasia de cadera y reflujo gastroesofágico severo. El paciente presentaba dependencia para el cuidado, padecía varias complicaciones médicas producto de la lesión cerebral y las demás patologías. A lo largo de su vida él y su familia se enfrentaron a múltiples trabas administrativas para la obtención de los tratamientos médicos. Entre las dificultades que sortearon estaban los problemas para obtener controles con la especialidad de ortopedia y, luego de que se le ordenara oxígeno de manera permanente, tuvo que imponer tutelas e incidentes de desacato múltiples, porque su EPS no se lo suministró oportunamente, el oxígeno solo lo obtuvo un año después de la prescripción.

Ante las graves dolencias y la mora en la dispensación de los insumos médicos, que hacía más gravosa la situación para el paciente y su familia, el 6 de octubre de 2016 los padres del menor elevaron solicitud para la práctica de la eutanasia a la EPS a la cual se encontraba afiliado. Un mes después de la solicitud no habían recibido respuesta de la entidad, por lo

que interpusieron acción de tutela para la protección del derecho fundamental de petición. Durante el trámite de tutela, la EPS contestó la petición y solicitó al despacho no continuar con la acción, argumentando el hecho superado. Sin embargo, el juez valoró la respuesta dada a los peticionarios y consideró que era evasiva, poco clara y no daba trámite a la solicitud de fondo. Ante esto, ordenó a la accionada emitir una respuesta clara, en la cual resolviera la solicitud y orientara a la familia en el trámite que debía realizar.

La Corte Constitucional conoció este caso en sede de revisión. Durante la práctica de pruebas se informó del fallecimiento del menor el 30 de abril de 2017. En esta etapa la entidad accionada manifestó que en su calidad de EPS no le correspondía decidir sobre la práctica de la eutanasia. En primer lugar, porque no había un concepto médico que ordenara la práctica del procedimiento. En segundo lugar, porque ella no tenía acceso a la historia clínica. El Tribunal realizó el análisis jurídico a la luz de tres problemas, a saber, la garantía del derecho de petición, la protección del derecho a la salud, y el amparo del derecho a morir dignamente.

Frente a los dos primeros estableció la sistemática vulneración del derecho de petición y el derecho a la salud con ocasión de las trabas administrativas a lo largo del proceso de la enfermedad del menor y la mora para el suministro de los insumos y los procedimientos que él requería. En este sentido, calificó la actitud de la EPS como un trato carente de humanidad, a conveniencia de la entidad y sin considerar el manejo integral que debía otorgársele al paciente, quien tenía una doble condición de sujeto de especial protección constitucional por ser menor de edad y tener una discapacidad.

En relación con el tercer problema, el derecho a morir dignamente, señaló que si bien su práctica no está legislada, ello no es óbice para desconocer la garantía de un derecho fundamental, ya que estos gozan de eficacia directa. No obstante, reconoció que los vacíos normativos se constituyen en barreras para su efectiva materialización. La Corte manifestó que el desarrollo jurisprudencial realizado por ella, sostiene: (i) El carácter fundamental del derecho a la muerte digna y su íntima relación con la vida y la dignidad humana; (ii) la vida como presupuesto para el ejercicio de otros derechos bajo una acepción que supera la simple subsistencia; (iii) la legitimación para decidir hasta cuando la existencia es deseable y

compatible con la dignidad humana está en cabeza, principalmente, del titular del derecho a la vida, razón por la que se exige su consentimiento, y (iv) que obligar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano que anula la dignidad y la autonomía.

Así mismo, esta Corporación sostuvo que los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) también son titulares de este derecho pues deriva de la garantía de la dignidad humana. Indicó que en la línea jurisprudencial vigente no se habían efectuado distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios del derecho fundamental a morir dignamente. Aclaró que los fallos existentes se habían pronunciado sobre casos de mayores de edad, pero que esto era contingente y no implicaba la negación del derecho a los menores de edad. El caso contrario se constituiría en una violación a los principios de igualdad, no discriminación e interés superior del menor. Según lo indicado por la Corte, el Estado debe impedir que las personas sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en estado terminal, sean mayores o menores de edad.

Sin embargo, resaltó que la materialización del derecho en relación con los NNA presenta algunas diferencias y particularidades frente a los adultos, en especial en relación con la manifestación de voluntad y la obtención del consentimiento. Estas particularidades deben ser reconocidas, consideradas y afrontadas en aras de garantizar el derecho de los NNA y evitar que sean sometidos a tratos crueles e inhumanos. Advirtió que, en atención a las órdenes proferidas en la sentencia T-970/14, se expidió la Resolución 1216 de 2015 que reglamentó el procedimiento para efectivizar el derecho a morir con dignidad de mayores de edad; pero que era necesario regular el derecho de los NNA con las particularidades que amerita, teniendo en consideración todo el desarrollo jurisprudencial.

Indicó que esta reglamentación en menores de edad debe tener como lineamientos: (i) la condición de enfermo terminal, (ii) la evaluación del sufrimiento, (iii) la determinación de la capacidad de decidir, y (iv) el consentimiento de acuerdo con las hipótesis específicas que pueden configurarse en atención a la edad y el grado de desarrollo físico, psicológico y social

de los menores de edad. En la regulación del derecho de estos sujetos, la obtención del consentimiento informado debe evaluarse de forma particular:

(...) aunque por regla general los NNA expresan el consentimiento a través de sus representantes es necesario que en estos casos se consulte, de forma prevalente, su voluntad siempre que el desarrollo psicológico, emocional y cognitivo del NNA lo permitan.

Asimismo, y de forma subsidiaria deberá analizarse el consentimiento sustituto por imposibilidad fáctica para manifestar la voluntad derivada de una condición de salud o del desarrollo cognitivo del NNA. En estos eventos, los padres, personas o entidades que se encuentren legalmente a cargo pueden sustituir el consentimiento y se llevará a cabo el mismo procedimiento, pero el comité interdisciplinario deberá ser más riguroso en el cumplimiento de los requisitos y en el análisis de la situación.

En síntesis, el consentimiento informado del paciente como presupuesto para el ejercicio del derecho a la muerte digna de acuerdo con la sentencia C-239 de 2017 debe ser expresado directamente por los NNA cuando su desarrollo cognitivo, psicológico y emocional lo permitan. En los casos en los que el NNA se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su voluntad se evaluará el consentimiento sustituto de forma estricta.

Por último, agregó que el derecho a la muerte digna no solo se materializa mediante la práctica efectiva de la eutanasia, sino con el trámite oportuno y serio de la solicitud. La Corte confirmó el fallo de primera instancia que amparó el derecho fundamental de petición, toda vez que la tutela se interpuso por violación de ese derecho, ya que nunca se dio respuesta de fondo a la solicitud, no obstante haberse configurado la carencia actual de objeto por daño consumado.

Por estas razones la Corte ordenó al Ministerio de Salud disponer lo necesario para que los prestadores del servicio de salud cuenten con comités interdisciplinarios para garantizar el

derecho a la muerte digna de los NNA. En primer lugar, estos comités deben cumplir con las mismas condiciones que se reglamentan en la Resolución 1216 de 2015, pero tendrían que incluir expertos en niños, niñas y adolescentes. En segundo lugar, expedir la regulación para el procedimiento en NNA considerando las particularidades en cuanto a la obtención del consentimiento en estos casos. En tercer lugar, crear el protocolo médico para la práctica de los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente de los NNA. Finalmente, El Ministerio deberá presentar al Congreso de la Republica un proyecto de ley que proponga la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y para Niños, Niñas y Adolescentes, en la que considere los presupuestos y criterios establecidos por toda la jurisprudencia de la Corporación.

6. En virtud de la sentencia T-544/17, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 825 de 2018, mediante la cual se regula el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir dignamente de los niños, niñas y adolescentes.

Ésta se fundamenta en los principios del interés superior del menor y de autonomía según la capacidad de comunicar la decisión, de entendimiento, de razonar y de juicio sobre la muerte, por grupos etáreos de 0 – 3 años, 3 a 6, 6 a 16 y de 12 en adelante. Clasificación que atiende a criterios según el nivel de desarrollo cognitivo, emocional y a la experiencia vital. De este modo determina que quedan excluidos: los menores de 6 años; los menores entre 6 y 12 años, a menos que se demuestre que han alcanzado un desarrollo neurocognitivo y psicológico excepcional, esperado para un niño mayor de 12 años; y quienes presenten estados alterados de conciencia, con discapacidades intelectuales y trastornos psiquiátricos diagnosticados, que alteren la competencia para entender, razonar y emitir un juicio.

Además de los principios generales consagrados en la Resolución 1216 de 2015, ésta establece el principio de prevalencia del cuidado paliativo. En cuanto al consentimiento sustituto de los menores de edad, la Resolución 825 de 2018 determina que solo podrá otorgarlo quien ejerza la patria potestad, entre otras disposiciones en cuanto al trámite y ejecución del procedimiento.

7. En el año 2017 fue proferida una cuarta sentencia sobre la materia, que será la octava en esta línea, la T-721/17. La Corte Constitucional analizó la solicitud de eutanasia, en el año 2016, para *L.M.M.F.*, una mujer en estado vegetativo residente en la ciudad de Bogotá.

La Corte revisó el caso de L.M.M. F, quien fue diagnosticada con epilepsia desde los dos años. Por su enfermedad de base fue sometida a lobectomía, luego de lo cual quedó en estado vegetativo permanente, por encefalopatía hipóxica, secundaria a paro cardíaco. Además de cuadriparesia espástica, clonus en miembros superiores, traqueostomía y gastrostomía, por lo cual, frecuentemente requería hospitalizaciones, en particular, por procesos infecciosos. Desde entonces presentaba una discapacidad mental absoluta que la inhabilitó de manera permanente para tomar decisiones y subsistir sin ayuda. Situación que, según su madre y curadora, ocasionó un “*calvario*” para la paciente y su familia. En enero de 2016, la madre solicitó la reorientación y limitación del esfuerzo terapéutico a su IPS, a lo cual no hubo respuesta. En octubre del mismo año, solicitó la práctica de la eutanasia, frente a lo que también imperó el silencio. Ante esto, la madre interpuso acción de tutela, momento para el cual la paciente ya llevaba 8 años en esas condiciones. La acción incoada se fundó en la violación a los derechos fundamentales a una muerte digna, al debido proceso administrativo y al derecho de petición.

En respuesta a la tutela, la IPS en noviembre del 2016 convocó al comité técnico científico para la práctica eutanasia, quienes, en síntesis, sostuvieron que: “*no existe claridad en el momento sobre el manejo paliativo que se le ha dado a la paciente (...) no es claro si cuenta con reorientación de medidas asistenciales o continúa con manejo de comorbilidades con intención curativa*”. En razón de esto fue interconsultada la Junta Interdisciplinaria de Cuidado Paliativo en diciembre del mismo año. Estos realizaron reorientación del esfuerzo terapéutico, determinaron que la paciente no era candidata a reanimación cardiopulmonar en caso de paro y tampoco a cuidados paliativos. El fundamento fue que no se sabía si ella padecía dolor, ya que no era posible evaluarlo por el daño neurológico en las vías sensoriales que presentaba y su desconexión con el medio, lo cual no permitía hacer la valoración subjetiva del mismo, ni aplicar las pruebas respectivas.

En primera instancia se concedió el amparo, pero la decisión fue impugnada y revocada en

segunda instancia porque, a criterio del juez: (i) no se violó el derecho de petición, pues el comité respondió en forma negativa sobre la práctica de la eutanasia. (ii) L.M.M.F no presentaba los requisitos establecidos en la Resolución 1216 de 2015 para la práctica del procedimiento. Las razones esgrimidas fueron que: (i) la enfermedad que padecía la paciente no se encontraba en estado terminal y no había certeza sobre el grado de complejidad de dicha patología. (iii) La paciente carecía de capacidad para decidir y no existía voluntad anticipada. (iv) La madre no cumplía con los requisitos establecidos en la resolución para dar el consentimiento sustituto. (v) La solicitud se basó en el sufrimiento de la familia y no de la paciente. (vi) No se había tramitado cuidado paliativo para la paciente. Por último, se argumentó que (vii) la paciente llevaba 8 años en condiciones de la incapacidad, por lo cual el procedimiento no era urgente.

Las accionadas en su defensa sostuvieron que: (i) la enfermedad de la paciente era degenerativa, permanente, irreversible y crónica, pero no terminal, su pronóstico y expectativa de vida no era corto. ii) L.M.M.F no podía expresar su voluntad. iii) La calificación del dolor es subjetiva y no puede ser reemplazada por la calificación de un tercero. v) L.M.M.F no era candidata a reanimación, pero que no ha sido sometido a cuidado paliativo y recibirlo es un requisito obligatorio para la práctica de la eutanasia de conformidad con el artículo 5 del ABC del Ministerio de Salud para la protección del derecho a morir dignamente. También señalaron que v) los padres tienen capacidad económica para asistir a la paciente, pues ambos se encuentran en el régimen contributivo y sus ingresos superan el salario mínimo.

Durante el trámite de la tutela la madre alegó que el deseo de su hija hubiese sido morir tranquilamente en su casa. Frente al dolor de L.M.M.F explicó sobre algunas manifestaciones no verbales que ella presentaba como: parches rojos en la piel por hacer fuerza, lágrimas, alteraciones del sueño, calambres frecuentes y exceso de secreciones traqueales. Calificó el dolor de su hija en 9, en una escala de 1 a 10. Señaló que la vida de su hija carecía de dignidad por cuanto dependía al ciento por ciento del cuidado de otros. Indicó que la única alternativa terapéutica que le quedaba era “*un milagro de Dios*”, porque la familia ya había agotado todas las posibilidades. Explicó también la rutina de cuidado y el estilo de vida de la paciente y de su familia.

En agosto del año siguiente, ante la inminencia de muerte de la paciente, la IPS realizó reorientación del esfuerzo terapéutico y administró sedación paliativa, contexto en el cual ella falleció de manera natural, por lo cual, cuando la Corte falló se configuró carencia de objeto. No obstante, La Corte se pronunció como un mecanismo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de otros ciudadanos en similares circunstancias. Para resolver el caso, inicialmente concretó algunas de las reglas jurisprudenciales que esa Corporación había establecido previamente para la garantía del derecho a morir dignamente. Así sostuvo que:

(...) los pacientes tienen derecho a: (i) consentir o rechazar los procedimientos médicos; (ii) que se respeten sus deseos en caso de enfermedad irreversible de limitar el esfuerzo terapéutico; (iii) a morir con dignidad y a que se les respete su voluntad de permitir que el proceso de la enfermedad hacia la muerte siga su curso natural.

Por otro lado, se ha puntualizado que en los casos específicos de pacientes con enfermedades en fase terminal o crónicas, degenerativas e irreversibles, con alto impacto en la calidad de vida, los pacientes tienen derecho a: (iv) la atención en cuidados paliativos, que propende por mejorar la calidad de vida del paciente y su familia, a través de una (sic) tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales; (v) desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una vida digna para el paciente.

Y, en tercer lugar, los pacientes con una enfermedad terminal que les cause intensos dolores, tienen derecho a: (vi) solicitar la realización del procedimiento eutanásico, regulado por la Resolución 1216 de 2015.

La Corte concluyó que el derecho a morir dignamente tiene varias dimensiones, por lo que no se agota en la eutanasia, sino que, el derecho es un conjunto de *“facultades que permiten a una persona ejercer su autonomía y tener control sobre el proceso de su muerte e imponer a*

terceros límites respecto a las decisiones que se tomen en el marco del cuidado de la salud.”

Entre las dimensiones están (1) el procedimiento eutanásico, (2) la limitación del esfuerzo terapéutico o readecuación de las medidas asistenciales y (3) los cuidados paliativos.

Posteriormente, entre otros problemas jurídicos, evidenció la violación del derecho fundamental de petición de la accionante, en tanto las solicitudes elevadas por ella no fueron absueltas por la accionada. En relación con el derecho a morir dignamente sostuvo que también fue transgredido. La razón la constituye la omisión en la prestación del cuidado paliativo, hecho con el cual se empeoraron las condiciones de vida de la paciente y de su familia, ya que *“el cuidado paliativo no está dado únicamente para pacientes en fase terminal, también es para pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles y de alto impacto para la calidad de vida”*. Otra de las razones expuestas por la Corte, para afirmar la violación del derecho fundamental a morir dignamente, fue el no agotamiento de los recursos para determinar con certeza la condición clínica de la paciente, pues gran parte del debate se debió a la duda sobre si la paciente era terminal o no. Ante esta duda, las accionadas debieron acudir a otros mecanismos que permitieran obtener mayor grado de certeza en dicho aspecto como, citar a nuevas juntas, invitar a otros participantes, lo cual no se hizo. Además de lo anterior, la entidad resaltó las trabas en relación con el consentimiento.

En cuanto al consentimiento sustituto, la Corte aclaró que la Resolución 1216 de 2015 fue una reglamentación dada en virtud de la orden proferida, por esa Corporación, al Ministerio de Salud, mediante la sentencia T-970 del 2014, para que este reglamentara el procedimiento de eutanasia de acuerdo con las reglas establecidas en dicha sentencia. Señaló que en esa decisión no se condicionó el consentimiento sustituto a la presentación de una voluntad anticipada. A juicio de la Corte, el artículo 15 de la Resolución 1216 supedita el consentimiento sustituto a una manifestación previa y escrita, con lo cual se contraría el sentido de lo decidido en la sentencia, la cual, justamente, amplía los mecanismos para la expresión de la voluntad, desde la forma previa, posterior, formal o informal, hasta el consentimiento sustituto cuando hay imposibilidad fáctica para realizar tal manifestación.

En este sentido, la Corte ordenó al Ministerio modificar la Resolución 1216 de 2015 para que

la misma se ajuste a lo decidido en la sentencia. Así mismo, le ordenó regular aspectos en relación con el derecho a morir dignamente y no solo con la solicitud de eutanasia. Ordenó revocar la decisión de segunda instancia pese a la carencia actual de objeto, por daño consumado. En virtud de las falencias presentadas por la ESP e IPS, les ordenó adecuar sus protocolos a la normatividad vigente sobre el derecho a morir dignamente. Por último, exhortó nuevamente al congreso a legislar sobre la materia.

8. Recientemente, se profirió la sentencia T-060/20, novena en la línea jurisprudencial reconstruida en esta tesis. En esta ocasión, la Corte Constitucional se pronunció sobre la solicitud de eutanasia en enero de 2019 en la ciudad de Pereira, para María Liria Calle. Una adulta mayor de 94 años, quien padecía de enfermedades crónicas que la tenían postrada en cama, le impedían interactuar con el medio y le ocasionaban fuertes dolores.

Su hija, mediante la figura del consentimiento sustituto, en enero de 2019, solicitó a la IPS de la paciente conformar el Comité Técnico Científico para la realización de la eutanasia a su madre. Inicialmente, la entidad negó la conformación del comité argumentando no tener habilitación de los servicios de oncología y cuidados paliativos requeridos para ello. Posteriormente señaló que, no contaba con la voluntad anticipada o testamento vital de la paciente, conforme a la Resolución 2665 de 2018. Ante esta negativa, la hija actuando como agente oficiosa, interpuso acción de tutela solicitando se le exima de presentar el documento de voluntad anticipada pues, de conformidad con la sentencia T-970/14, cualquier persona puede otorgar el consentimiento sustituto.

En el proceso, la IPS y la EPS, entre otras razones, sostuvieron que este procedimiento no se podía llevar a cabo porque era necesaria la decisión libre de la paciente, o *“si esta no se encuentra en capacidad de emitir su consentimiento, la manifestación debe hacerla quien se encuentre legitimado siempre y cuando la paciente lo haya establecido con anterioridad mediante documento de voluntad anticipada o testamento vital”*. La agente oficiosa argumentó que su madre padecía de sordera desde los 5 años, una leve discapacidad cognitiva, alzheimer, ansiedad, esquizofrenia y daño de arterias, por lo cual fue necesario la amputación del artejo de un pie. Además, que sufría de desnutrición, ante lo cual los médicos

le habían propuesto realizar gastrostomía y que se encontraba en posición fetal por el anquilosamiento de sus miembros inferiores.

La EPS corroboró que la paciente tenía antecedentes de trastorno de ansiedad, esquizofrenia vs. enfermedad de Alzheimer, hipotiroidismo, hipertensión arterial, enfermedad arterial oclusiva severa, con necrosis distal en tercer dedo de miembro inferior izquierdo y que residía en un hogar para adultos mayores, pero que no padecía una enfermedad en estado terminal, por lo cual no cumplía con los requisitos para la aplicación del procedimiento. Además, no contaba con un documento de voluntad anticipada previa, que es obligatorio. El juez de primera instancia negó las pretensiones argumentando que en el caso de análisis la paciente no tenía diagnóstico de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, ni estaba catalogada como una paciente terminal, con un pronóstico fatal corto o que estuviera recibiendo cuidados paliativos. Además resaltó que no se cumplía con el requisito del consentimiento libre, informado e inequívoco. El juez de segunda instancia confirmó la decisión haciendo énfasis en la carencia de capacidad de la paciente para exteriorizar su voluntad.

En sede de revisión, la Corte vinculó al Ministerio de Salud para que informara si, de conformidad con la orden que le fue impartida en la sentencia T-721/17, ya había emitido un acto administrativo modificador del artículo 15 de la Resolución 1216 de 2015, en relación con el consentimiento sustituto, que fuera acorde con lo señalado en la sentencia T-970 de 2014. En su respuesta, la entidad señaló la diferencia entre los conceptos de eutanasia, sedación paliativa, suicidio asistido, suicidio médicamente asistido y adecuación de los esfuerzos terapéuticos. Afirmó que el derecho a la muerte digna comprende varias alternativas, que en el caso de la reorientación del esfuerzo terapéutico se admite la solicitud por terceros pero, la eutanasia exige de autonomía, por lo que no es procedente el consentimiento sustituto. Por lo tanto, según el Ministerio, en el caso de estudio no era viable la eutanasia, por cuanto no mediaba solicitud voluntaria, libre e inequívoca de la paciente y que la agente oficiosa no podía sustituir el consentimiento de su madre. En palabras de este ente gubernamental el consentimiento sustituto no procede para la eutanasia:

debido a que la autonomía y la libertad son condiciones primordiales e ineludibles cuando se trata de decidir sobre la anticipación del momento de la muerte y del final de la vida en general. (...) (L)a opción de que cualquier persona diferente a uno mismo, sustituyendo el juicio personal, determine que continuar viviendo configura un daño, va en contravía de la definición de decisión autónoma; además, ello implicaría el riesgo de desechar la vida de quienes no comprenden su situación frente a la muerte o a la vida en sufrimiento, y generaría desconfianza en la misma medicina. (...) (N)inguna regulación existente permite la sustitución del consentimiento para la eutanasia.

Adicionalmente, afirmó que el Gobierno viene adelantando el proyecto de ley estatutaria para el derecho a morir dignamente, esto en ejercicio de la iniciativa legislativa que le asiste al Ministerio.

Para resolver el caso concreto, la Corte realizó un recuento jurisprudencial y normativo del desarrollo del derecho a morir dignamente indicando que este derecho es polifacético y, para que sea posible su satisfacción mediante la eutanasia, es necesaria la constatación de dos requisitos, de acuerdo con las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014. Estos requisitos son: (i) el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, y (ii) el consentimiento libre, informado e inequívoco del paciente. Así, a juicio de la sala y de conformidad con lo expresado por la EPS, en este caso no era procedente el procedimiento porque la paciente

no se encuentra con diagnóstico de enfermedad terminal o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un cáncer progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.

Según lo establece la Corte, la señora María Liria Calle se encuentra en una condición dramática por el debilitamiento propio de su avanzada edad y las limitaciones de su estado crónico, pero su condición no es trágica – distinción de términos que fue expuesta en la sentencia T-322/17-. No obstante su condición dramática, no es una paciente en estado terminal. Además, constató que recibe atención en salud y cuidados paliativos, lo cual es otra dimensión de la satisfacción del derecho a morir dignamente que consiste en conjurar el dolor y brindar el máximo bienestar posible. En esta ocasión aprovechó para recordar la protección especial que debe darse a los adultos mayores y la garantía de sus derechos como sujetos de especial protección constitucional.

De este modo, reiteró la decisión adoptada por los jueces de instancia, aclarando que, la razón para negar el procedimiento, en el caso concreto, no era la inaplicabilidad del consentimiento sustituto, sino que, la paciente no padecía una enfermedad en estado terminal. La Corte sostuvo que este es el primer requisito que se debe constatar en el análisis de viabilidad del procedimiento, de conformidad con sus propias reglas y la Resolución 1216 de 2015. La verificación de este requisito debe ser agotada antes de constatar la existencia de los demás. Sin embargo, advierte que la falta de regulación sobre el consentimiento sustituto genera dificultades en la garantía del derecho a morir dignamente cuando “(i) *el paciente se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, y (ii) se carezca de un documento formal de voluntad anticipada*”. La Corte afirmó que en este contexto de vulnerabilidad, las trabas injustificadas derivan en afectación de un derecho fundamental, con lo cual se vulnera la dignidad humana de los pacientes y de sus familias.

Para la Corte Constitucional “*el consentimiento libre, informado e inequívoco del paciente es el segundo de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para invocar la protección del derecho a una muerte digna*”. De este modo, reiteró la orden al Ministerio de Salud y Protección Social para que proceda a reglamentar las condiciones de viabilidad del consentimiento sustituto en los eventos descritos en el párrafo anterior.

3.4. Conclusiones preliminares

1. Las reglas jurídicas para la licitud de la eutanasia se han formulado a través de la jurisprudencia constitucional, en la cual se ha debatido el tema de la autonomía y el derecho a la vida. Esta discusión ha llevado a la configuración de un derecho fundamental autónomo a morir dignamente. La línea jurisprudencial sobre la materia puede dividirse en tres etapas: la primera va desde 1993 hasta 2014, en ella están contenidas la sentencia fundadora de línea, T-493/97 y la sentencia hito, C-239/97. La segunda es un periodo de regulación del cuidado paliativo en los años 2014 y 2018. La tercera etapa, que se superpone cronológicamente con la anterior, contiene el desarrollo del derecho fundamental a morir dignamente, como derecho independiente de la vida y la autonomía, que inició en el año 2014 con la sentencia T-970/14 y va hasta la actualidad.

2. La sentencia C-239/97 revisó la constitucionalidad de la pena impuesta en el homicidio por piedad –art. 326 del Decreto 100 de 1980- y declaró su exequibilidad. Además, analizó las implicaciones del consentimiento del titular de un bien jurídico y por esta vía determinó que es lícita la eutanasia que cumple con tres requisitos: 1) el sujeto activo debe ser un médico, por ser esta la persona idónea para suministrar información amplia, clara y suficiente al paciente sobre el procedimiento y sus alternativas. 2) El sujeto pasivo debe ser un paciente en estado terminal, requisito que además está constituido por un elemento subjetivo, esto es, que padezca dolor y un elemento objetivo, que sufra una enfermedad en estado terminal. Por último que 3) medie el consentimiento, el cual debe ser libre, informado e inequívoco. En esta sentencia se exhortó al Congreso a legislar sobre la materia.

3. En el año 2014 se profirió la sentencia T-970/14, en esta la Corte afirmó que morir dignamente es un derecho fundamental autónomo, independiente de la vida y la autonomía, el cual está en cabeza de los pacientes en estado terminal. Este derecho puede satisfacerse mediante los cuidados paliativos o la eutanasia. La eutanasia puede ser practicada por un médico en pacientes terminales que la soliciten. Agregó que para la práctica de este procedimiento el consentimiento puede ser verbal, escrito, formal, informal y previo. En virtud de esta sentencia el Ministerio de Salud expidió la Resolución 1216 de 2015 que regula

la eutanasia en mayores de 18 años, en particular lo atinente a la creación de los comités técnico científicos y el consentimiento. Así mismo expidió la Resolución 4006 de 2016 por medio de la cual se crea el Comité Interno del Ministerio de Salud para el control de los procedimientos. Esta entidad además creó un protocolo médico para la práctica de la eutanasia.

4. En el año 2017 la Corte profirió extensa jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente, como las sentencias T-322/17, T-423/17 y T-721/17. Entre las reglas jurisprudenciales adicionales que se definieron en éstas sentencias, se resaltan:

(1) Los niños, niñas y adolescentes (NNA) también son titulares del derecho a morir dignamente, pues éste deriva de la garantía de la dignidad humana, pero su materialización en estos sujetos presenta algunas diferencias y particularidades frente a los adultos, en especial en relación con la manifestación de voluntad y la obtención del consentimiento. En estos casos el consentimiento sustituto deberá ser valorado con mayor rigor. Además de lo anterior, el paciente debe contar con las mismas condiciones de enfermo terminal y padecer sufrimientos.

(2) El derecho a la muerte digna no solo se materializa mediante la práctica efectiva de la eutanasia, sino con el trámite oportuno y serio de la solicitud. Las trabas administrativas injustificadas no solo vulneran el derecho a morir dignamente, también otros derechos como la salud y la integridad.

(3) El derecho a morir dignamente tiene tres dimensiones: el procedimiento eutanásico, la limitación del esfuerzo terapéutico y los cuidados paliativos. El cuidado paliativo no está dado únicamente para pacientes en fase terminal, también está dirigido a pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles y de alto impacto para la calidad de vida. Por su parte, la eutanasia solo es para pacientes en estado terminal.

(4) Ante la solicitud de eutanasia de un paciente, el primer requisito que debe constatarse es que padezca una enfermedad en estado terminal, posteriormente se verifica la existencia de

los demás requisitos. El consentimiento puede ser previo, posterior, formal o informal. Por su parte, el consentimiento sustituto no está condicionado a la presentación de una voluntad anticipada.

(5) Las EPS e IPS deben contar con la infraestructura y el personal idóneo para la práctica de este procedimiento.

(6) El control sobre la eutanasia debe ser llevado por el Ministerio de Salud desde el momento mismo de la solicitud inicial del paciente y, no solo, cuando el comité técnico científico la apruebe.

(7) Ante la solicitud de eutanasia mediante tutela el juez debe distinguir entre una situación dramática pero superable, de una situación trágica que imponga cargas heroicas frente a los sufrimientos que comprometan gravemente la posibilidad de existir en dignidad.

5. El Ministerio de Salud ha regulado el derecho a morir dignamente de acuerdo con las ordenes que de manera sistemática le ha impuesto la Corte Constitucional. De este modo fueron expedida la Resolución 1216 de 2015 que regula el procedimiento en adultos, la Resolución 825 de 2018 que lo hace en NNA y la Resolución 4006 que regula el comité interno para la eutanasia de esta entidad.

6. Los cuidados paliativos en Colombia integran el conjunto de mecanismos para la satisfacción del derecho fundamental a morir dignamente. La Ley 1733/14 reguló los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles, en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida; además de regular los documentos de voluntades anticipadas. En relación con esta ley, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del proyecto previo, en el entendido que, las voluntades anticipadas son una renuncia a tratamientos innecesarios pero no son una autorización para actos eutanásicos. Mientras que en cuanto a la muerte cerebral, sostuvo que en este escenario no se debate nada en torno a la vida ya que hay ausencia de ella. Finalmente el Decreto 2665 de 2018 reglamentó lo atinente a las voluntades

anticipadas. El requisito de DVA para acreditar el consentimiento sustituto, está contenido en la Resolución 1216 de 2015.

7. El derecho a morir dignamente impone barreras injustificadas al ejercicio de la autonomía de las personas que padecen lesión corporal o enfermedad grave, degenerativa e irreversible que no se encuentren en estado terminal, entendido este como corta expectativa de vida. Sin embargo, a la luz de los postulados constitucionales, pueden existir otros fundamentos distintos del derecho fundamental a morir dignamente que, con fundamento en el ejercicio de la autonomía, justifiquen la ayuda a morir, como se expondrá en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL DESARROLLO NORMATIVO SOBRE LA EUTANASIA.

Una mirada desde los postulados de la Constitución vigente.

Introducción

En este capítulo, en primer lugar, haré un análisis de la sentencia hito en la línea jurisprudencial sobre la eutanasia, la C-239/97. Lo anterior, con el propósito de evidenciar que en ella se identificó un supuesto de despenalización, sin que este sea la única hipótesis posible de licitud de la conducta a la luz de la Constitución vigente. Luego expondré como surge el derecho a morir dignamente, algunas barreras para acceder a él que se evidencian en torno al concepto de paciente en fase terminal y en relación con el consentimiento para su práctica. Por último, concluiré sobre la necesidad de legislación sobre la materia y los aspectos fundamentales que en el Estado constitucional no podrían faltar en su regulación. Lo anterior bajo la óptica de esta tesis, en la que se ha sostenido que la eutanasia y el suicidio asistido son mecanismos para la garantía de la autonomía.

El análisis sobre qué es eutanasia y en qué casos es procedente conlleva intensos debates éticos, morales y jurídicos en el espacio social, político y legislativo. En esta tesis he expuesto cómo los avances de la ciencia y la tecnología han propiciado escenarios de instrumentalización y medicalización de la vida, más allá de lo que muchos individuos podrían considerar una vida digna. Lo anterior, sumado a los cambios sociales y al reconocimiento de los derechos, ha generado una demanda, por un sector de la sociedad, por el respeto de la autonomía del paciente para decidir, no solo sobre su salud y tratamientos médicos, sino para disponer de su propia vida: una demanda por la lícita ayuda para morir. Este fenómeno ha surgido en medio de la consolidación de los Estados constitucionales actuales, regidos de manera común, por los principios de dignidad humana y de autonomía.

En este contexto, he afirmado que la eutanasia debe ser entendida como un mecanismo para garantizar la autonomía, en los casos en los que se requiere la intervención de un tercero y la no punición del Estado. Como, por ejemplo, cuando en virtud del sufrimiento, la persona en ejercicio de su autonomía juzga su vida indigna y decide terminarla. Situación en la cual

surge para ella la válida pretensión de ayuda a morir, como se expuso en el capítulo segundo^{27,34,38}. Bajo ésta lógica he propuesto que el concepto de eutanasia solo debe albergar la conducta médica que, en virtud de la solicitud del paciente que sufre irremediablemente, ocasiona su muerte de manera deliberada. Es decir, eutanasia se equipara con autonomía del paciente. Sin perjuicio de que, en ausencia de autonomía, puedan existir otras razones para que el Estado brinde ayuda a morir, con el fin de salvaguardar otros principios constitucionales que, en un ejercicio de ponderación, adquieran mayor peso abstracto.

Bajo esta tesis, en el capítulo primero se argumentó por qué no puede considerarse como eutanasia la muerte que se presenta en medio del cuidado paliativo y de la reorientación terapéutica⁵⁵. En síntesis, en ese capítulo se sostuvo que ellos son actos médicos cuyo propósito principal no es ocasionar la muerte, sino aliviar el dolor, proporcionar bienestar y que ellos atienden a los principios de beneficencia, no maleficencia y justicia. Con los presupuestos planteados en los capítulos 1 y 2, haré un análisis de la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional, desarrollada en el capítulo tercero; así, en este capítulo de un lado trataré de esclarecer si bajo el Estado constitucional, la ayuda a morir solo se justifica como un mecanismo para la garantía del derecho fundamental a morir dignamente, en los términos en que éste ha sido concebido por la Corte. De otro lado, determinar si este derecho a la muerte digna materializa en la mayor medida de las posibilidades los principios de autonomía y dignidad humana.

4.1. Despenalización de la eutanasia realidad o mito

La reglamentación actual sobre la eutanasia, se ha dado en el marco de la construcción jurisprudencial del derecho a morir dignamente. Inició con la sentencia C-239/97, aunque sus antecedentes podrían remontarse hasta la sentencia T-493/93. Si bien la misma Corte Constitucional sostiene que desde la sentencia del año 1997 se elevó a derecho fundamental morir dignamente, una lectura minuciosa de la misma permite establecer que no fue así. En

⁵⁵ Ver acápite

1.4. Validez de la denominación de conducta eutanásica de los conceptos de limitación, reorientación del esfuerzo terapéutico y sedación paliativa

esta sentencia lo que realmente hace la Corte es un análisis de constitucionalidad del tipo penal de homicidio por piedad, para concluir que la pena que se impone a quien mata por un móvil de piedad es legítima. No obstante, la conclusión de esta entidad es que, en virtud de la proporcionalidad, se justifica que la sanción sea menor a la que debería imponerse cuando el móvil del homicidio no es altruista, sino egoísta. Es por ello que, en la actualidad, en Colombia, ocasionar la muerte a otro, movido por la piedad, es una conducta punible tipificada como homicidio pietístico a la cual se le impone sanción penal⁵⁶.

Sin embargo, la Corte en este pronunciamiento resaltó que el tipo penal de homicidio por piedad no hace distinciones entre cuando la conducta se desarrolla con el consentimiento del sujeto pasivo y cuando ocurre sin él o contra su voluntad. En este sentido, consideró importante hacer un análisis de dogmática penal para determinar, en un caso abstracto, cuál es el alcance del consentimiento del sujeto pasivo frente a la conducta punible. Así, sobre el consentimiento, indicó que el mismo puede ser causal de atipicidad. Esto cuando la conducta típica conlleva su desarrollo contra la voluntad del sujeto pasivo, pero este no es el caso del tipo de homicidio por piedad, pues en éste no está descrito que el supuesto fáctico exija violentar la voluntad del sujeto pasivo. También señaló que el consentimiento podría ser una causal de antijuridicidad. Esto cuando la licitud no está vinculada a la demostración del móvil de piedad por parte del sujeto actor, sino, a la voluntad del sujeto pasivo de la conducta, caso de la eutanasia.

El desarrollo argumentativo de esta sentencia resaltó la importancia del consentimiento por ser una manifestación del ejercicio de la autonomía, un presupuesto de la dignidad humana; por tanto, determinante de antijuridicidad. Más adelante se incluyeron otros requisitos al supuesto fáctico, estos fueron: (i) padecer una enfermedad terminal y que (ii) la acción fuera realizada por un médico. Frente al requisito de enfermedad terminal para establecer la antijuridicidad de la conducta, el magistrado ponente, Dr. Carlos Gaviria Díaz aclaró su voto junto con el Dr. Jorge Arango Mejía. Ellos afirmaron no estar de acuerdo ya que, estas condiciones no son las únicas que ocasionan terribles sufrimientos. Al respecto sostuvieron:

⁵⁶ Artículo 106. Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

Es obvio que las decisiones de una corporación deliberante, como la Corte Constitucional, son el resultado de un debate y, en lo posible, de un consenso. A nuestro juicio, el fallo de la Corte sobre el homicidio piadoso constituye un importante desarrollo de la Carta, en materia atingente a la dignidad de la persona, a su autonomía moral y a la obligación del Estado de proteger la vida. Creemos, eso sí, que ha debido extenderse la interpretación permisiva, a la "ayuda al suicidio" contemplada en el artículo 327 del Código Penal, como se proponía en el proyecto de fallo. Además, que no ha debido restringirse la opción legítima por la muerte, al enfermo "terminal" (restricción que no se hacía en la ponencia), pues existen casos dramáticos de enfermos no "terminales", como los cuadrapléjicos, v.gr., a quienes debería comprender la posibilidad de optar por una muerte digna, si juzgan abrumador su padecimiento.

El último requisito señalado en la sentencia C-239/97 fue la realización del acto por parte de un médico. Esto como una garantía de la válida obtención del consentimiento del paciente. Es de anotar que para que la conducta sea antijurídica, no se le exige al actor que lo haga por un móvil de piedad. En la providencia se afirmó: *“La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir.”*

Así, en esta sentencia se analizó un supuesto fáctico –abstracto- en el cual un individuo ocasione la muerte a otro. De este modo, la Corte crea una serie de reglas que, en caso de constatarse, harían carecer de antijuridicidad esa conducta. Esto es que, (1) el sujeto pasivo padezca intensos sufrimientos y que sea paciente en fase terminal (aunque este último requisito no se contemplaba en la ponencia inicial, lo cual entra en consonancia con una de las ideas que defiende esta tesis). (2) Que medie el consentimiento del sujeto pasivo. (3) Por último, que el sujeto activo, sea un médico (como un mecanismo para asegurar que dicha voluntad no esté viciada). Para la Corte, cuando se presentan estas condiciones, no podría elevarse reproche penal al médico que realiza la conducta. El fundamento de estas

reglas es el sufrimiento del paciente terminal y el consentimiento. De manera más concreta, el respeto por la autonomía del titular del bien jurídico protegido y, en forma correlativa, la concreción de su dignidad personal.

Si bien en esta sentencia se indicó que morir dignamente es una dimensión del derecho a la vida, a mi juicio, en ella no se instituyó un derecho fundamental autónomo e independiente, como se afirmó posteriormente en la sentencia T-970/14. En realidad, lo que hizo el Tribunal fue establecer un supuesto en el cual una conducta carece de antijuridicidad, pero esto no significa que sea el único. Como se advirtió en el capítulo dos, el respeto por el principio de autonomía en un Estado constitucional, puede ser una razón suficiente para justificar la ayuda a morir. Es por esto que el artículo 32 del Código Penal señala, entre otras causales de exclusión de responsabilidad: (i) el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible (por ejemplo, la vida). (ii) La protección de un derecho fundamental (por ejemplo, morir dignamente o la dimensión negativa del derecho a la vida). Ambas causales encuentran fundamento en los principios constitucionales de la dignidad humana y la autonomía. De tal manera que la satisfacción del derecho a morir dignamente es una causal de antijuridicidad en la conducta que ocasiona la muerte a alguien, sin ser una causal exclusiva.

De otro lado, el derecho a morir dignamente configurado por la Corte Constitucional puede considerarse un progreso en la garantía efectiva del principio de autonomía de los pacientes. No obstante, su institución como derecho fundamental independiente de la vida y el libre desarrollo de la personalidad, restringe la titularidad a un sector muy pequeño. Éste deja por fuera, de manera injustificada, a otras personas que con capacidad médica y legal, en ejercicio de su autonomía, deciden dejar de vivir porque padecen terribles e irremediables sufrimientos, incompatibles con su idea de dignidad humana, pero que no tienen una condición médica en fase terminal, tal como lo sostuvo en su aclaración de voto en la sentencia C-239/97, el Dr. Gaviria Díaz. El problema de esta situación es que, se ha entendido que la única forma en que la eutanasia es lícita en nuestro ordenamiento jurídico es cuando se realiza en un paciente terminal, para satisfacer un derecho fundamental del que éste es titular, por presentar unas condiciones particulares; sin embargo, como ya se ha

expuesto, esta no puede tenerse como la única razón válida bajo los postulados de la constitución vigente.

Este derecho fundamental encuentra problemáticas, como que: i) desconoce la consagración previa de otros derechos fundamentales como la vida y el libre desarrollo de la personalidad. Esto ya que niega la garantía de la dimensión negativa del derecho a la vida, a las personas a quienes, en ejercicio de su autonomía y en virtud del sufrimiento, bajo los postulados constitucionales, les surge la legítima pretensión de ayuda a morir. En este punto vale la pena recordar que no solo los pacientes terminales padecen condiciones oprobiosas o terribles sufrimientos, incompatibles con la idea de dignidad humana. Además de lo anterior, otras problemáticas son ii) la dificultad para la definición y alcance del concepto de paciente terminal, para lograr individualizar a los titulares del derecho fundamental a morir dignamente. Este término no solo es difícil de definir para la ciencia médica sino que, bajo el desarrollo normativo colombiano, se observa aún más ambiguo y contradictorio, esto se expondrá en párrafos posteriores⁵⁷. Lo anterior se ha convertido en una verdadera barrera para la garantía del derecho. Por último, ii) la dificultad para la definición y alcance del consentimiento sustituto y los documentos de voluntades anticipadas, como se verá más adelante⁵⁸.

Finalizaré este análisis sobre la sentencia C-239/97, llamando la atención sobre la descripción del sujeto pasivo, en el tipo penal que analizó la Corte, a saber: “*El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años*”. En este tipo penal, como requisito objetivo para una disminución de la sanción, no se impone que el sujeto pasivo padezca una condición en fase terminal, como sí lo estableció la Corte al decidir que en el supuesto de ilicitud de la conducta eutanásica, el sujeto pasivo debe ser un enfermo en condición terminal.

⁵⁷ Ver página 120

⁵⁸ Ver página 125

4.2. Reflexiones acerca de la legitimidad del derecho fundamental a morir dignamente en relación con el derecho a la vida y el libre desarrollo de la personalidad

En el acápite anterior se señaló que un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional permitiría concluir que en la sentencia C-239/97 no se configuró un derecho fundamental autónomo a morir dignamente. En ella solo se analizó un supuesto fáctico, esto es, el del paciente que padece terribles sufrimientos por causa de una enfermedad en fase terminal. Al respecto la Corte decidió que cuando un médico le realiza a un paciente un procedimiento para ocasionarle la muerte, por voluntad del segundo, la conducta carece de antijuridicidad. Fue 17 años después, en la sentencia T-970/14 donde se habló de un derecho fundamental autónomo e independiente a morir dignamente, atribuyendo sus orígenes a la sentencia del año 1997. Desde entonces, la línea jurisprudencial ha definido el alcance de este derecho, como se desarrolló en el capítulo tercero.

En la sentencia T-970/14, la argumentación para su reconocimiento como derecho fundamental autónomo fue que éste no puede considerarse como una dimensión del derecho a la vida, ni de la autonomía. La Corte no dio razones para sostener esta posición y solo dijo que *“se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría”*.

A pesar de lo anterior, en este texto, he defendido a la luz de los postulados constitucionales y desde la teoría de las normas jurídicas, que los derechos que crean situaciones jurídicas de libertad, v.gr, la vida, tienen una dimensión positiva y otra negativa. Por tanto, pueden ejercerse o no. Es decir, dejar de vivir es la dimensión negativa del derecho a la vida, una prerrogativa propia de este. En tal sentido, todos los titulares del derecho a la vida podrían disponer de ella en ejercicio de su autonomía. Como prueba de ello está que el suicidio, ni siquiera en su modalidad de tentativa, es una conducta punible. Además, cuando se impide el ejercicio de este derecho, el bien que en mayor medida se lesiona es la autonomía de la persona. Lo anterior es contrario a las afirmaciones de la Corte respecto a que la muerte digna no puede considerarse una dimensión de la vida ni de la autonomía.

Sin embargo, quizá lo más problemático sea definir qué ocurre cuando en esa disposición

de la vida se involucran terceros. Frente a esto, en el capítulo segundo se expuso que el derecho a la vida y la autonomía tienen naturaleza de libertad y generan situaciones jurídicas de facultad, que cuando hay sufrimientos irremediables, incompatibles con la idea de dignidad, ocasionados por una enfermedad, emerge una situación jurídica para el sujeto: *la legítima pretensión de ayuda a morir*. En este escenario, cuando un tercero ayuda a otro a disponer de su vida, se constituye en un instrumento de la voluntad de aquel para satisfacer su pretensión, por lo cual la conducta no podría ser antijurídica. De otro lado, la delimitación de la práctica de la eutanasia al escenario médico, se justifica porque el sufrimiento irremediable se relaciona con condiciones patológicas. En este contexto, es el médico la persona idónea para brindar información, asesoría y desarrollar el mejor procedimiento para lograr una muerte indolora.

De tal manera que, a pesar de que la Corte determinó que la eutanasia es un mecanismo mediante el cual puede satisfacerse el derecho fundamental a morir dignamente, considero que el fundamento para la licitud de este procedimiento es que el mismo permite la satisfacción plena de derechos previamente instituidos como fundamentales, tales como, el derecho a la vida y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ambos con naturaleza jurídica de libertad. Esto último ya que lo que se vulnera, en mayor medida, cuando de manera injustificada se niega la eutanasia, es el ejercicio de la autonomía, núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y razón de segundo nivel para el ejercicio de otros derechos; además, con ello se condena a la persona a vivir en condiciones que ella misma juzga indignas. En síntesis, la negación injustificada de la eutanasia desconoce la dignidad humana.

4.3. El derecho a morir dignamente y sus barreras injustificadas

En la jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente, expuesto en el capítulo 3, se han establecido reglas, dado órdenes al Ministerio de Salud para que regule, y se ha exhortado al Congreso a legislar sobre la materia. Esto último no ha ocurrido. De acuerdo con este desarrollo normativo, las principales características del derecho a morir dignamente, son:

1. Es multidimensional: su satisfacción puede lograrse a través de los cuidados paliativos, la reorientación del esfuerzo terapéutico⁵⁹ y la eutanasia.
2. A los cuidados paliativos pueden acceder las personas con enfermedad crónica, degenerativa, progresiva e incurable en fase terminal o en cualquier estado, si es de alto impacto en la calidad de vida.
3. A la eutanasia pueden acceder las personas con enfermedad crónica, degenerativa, progresiva e incurable en fase terminal que ocasione sufrimiento.

Esta construcción acerca al Estado en cierto grado, al cumplimiento de los fines de la Carta Política en cuanto a la protección de la dignidad humana. En este sentido, Ortega Díaz (2016, p. 65), citando a Londoño Ulloa (2003) sostiene que

lo expuesto por la Corte, constituye un importante avance en la defensa del libre desarrollo de la personalidad, del concepto de vida digna, del pluralismo jurídico, ha mostrado la necesidad de que el derecho penal debe humanizarse y ponerse a tono con las realidades sociales que lo circundan

Sin embargo, el alcance dado al derecho a morir dignamente en la práctica impone barreras, no solo para la autonomía de personas que padecen graves e irremediables sufrimientos, sino que en muchos casos también para quienes son titulares del derecho, en los términos desarrollados por la Corte. Los obstáculos derivan de ambigüedades y contradicciones de la misma línea jurisprudencial y de la reglamentación vigente. Estos, en primer lugar, tienen que ver con la categoría de paciente terminal. En segundo lugar, con el consentimiento, en particular, el sustituto y con las voluntades anticipadas.

4.3.1. Primera barrera: licitud de la eutanasia solo cuando se practica a un paciente terminal

⁵⁹ Es pertinente aclarar que, la reorientación terapéutica es un acto médico que deriva de la voluntad del paciente cuando con conocimiento científico suficiente, se le han dado todas las opciones técnico científicas viables. Así puede ir desde lo curativo a lo paliativo, desde lo curativo a lo eutanásico o desde lo paliativo a lo eutanásico. Por lo anterior no debería considerarse una dimensión del derecho a morir dignamente. Bastaría con considerar como dimensiones el cuidado paliativo y la eutanasia.

a. Indeterminación en el alcance del concepto de paciente en estado terminal por la ciencia médica y la normatividad vigente.

En la sentencia C-239/97 entre otras cosas se afirmó que, la persona como sujeto moral, puede asumir en forma autónoma las decisiones que solo a ella le incumben. De este modo, si sus intensos padecimientos no tienen alivio y, por ello, considera indigna su existencia, de acuerdo con su escala de valores, creencias y preferencias, puede decidir si continúa o no viviendo. El Estado no puede transformar derechos en deberes y, menos, sacralizar valores, pues su filosofía es secular y laica. Tampoco puede exigir conductas heroicas ni altruistas y solo puede imponer deberes en relación con otros individuos. Además, en ese proveído se afirmó que si el respeto por la dignidad es transversal al ordenamiento jurídico, la vida no puede considerarse un valor absoluto y no puede reducirse a la mera existencia carente de dignidad. Lo anterior está en consonancia con lo que se expuso en los capítulos uno y dos de esta tesis.

A partir de estas afirmaciones de la sentencia podría entenderse que cualquier persona que sufra de manera irremediable, por lesión corporal o enfermedad grave e incurable, estaría legitimada para solicitar la eutanasia. Pero, posteriormente en la argumentación de ésta se incluyó como una condición para el sujeto pasivo de la conducta, padecer una enfermedad en estado terminal. Las decisiones siguientes de la Corte en esta materia afirman el carácter fundamental del derecho a morir y su titularidad exclusiva en cabeza del enfermo terminal. Este hecho, sin duda, ha traído enormes dificultades y ha cerrado las puertas a muchos pacientes para acceder al procedimiento y materializar su autonomía cuando enfrentan situaciones de salud oprobiosas, estén o no en condiciones de enfermedad terminal.

El hecho de que, teniendo una enfermedad en estado terminal, a un paciente se le niegue el derecho al procedimiento, puede explicarse porque el concepto de enfermedad terminal es ambiguo. Esta expresión puede entenderse i) en términos cronológicos o ii) en relación con la posibilidad o existencia de alternativas terapéuticas curativas. En nuestro contexto lo más común es concebirlo en términos de tiempo; es decir, como corta expectativa de vida. Al respecto, considero que si se entiende el concepto de paciente terminal como aquel con

un corto pronóstico vital, la titularidad del derecho a una eutanasia lícita, en cabeza exclusivamente del paciente terminal carece de fundamento. Esto porque, sin duda es valioso evitar el dolor a quien le queda poco tiempo de vida, pero tiene igual valor y, en algunos casos quizá más, evitar el sufrimiento a quien le quedan varios años de padecimiento. Es decir, el fundamento de la titularidad del derecho no debería basarse exclusivamente en la expectativa de vida, sino también en el alto grado de sufrimiento irremediable, por lesión corporal o enfermedad grave e incurable. Sin perjuicio de que existan otros justificantes para la ayuda a morir que, por razones de espacio y delimitación conceptual, no se exploran en detalle en el presente trabajo.

Como ya se ha dicho, el sufrimiento intenso e irremediable no se circunscribe de manera exclusiva al padecimiento de una enfermedad que permita su clasificación hasta el nivel de estado terminal, en términos de corto pronóstico de vida, como si puede hacerse, por ejemplo, con el cáncer, la enfermedad renal o de motoneurona, etc. También existen condiciones de enfermedad o lesión corporal grave e incurable, crónicas, degenerativas e irreversibles, que no permiten su clasificación hasta el estado terminal, ya que de ellas no es posible prever, en grados de probabilidad, una corta expectativa de vida. Sin embargo, sí son enfermedades con nulas alternativas terapéuticas curativas y, ocasionan de manera irremediable, intensos dolores físicos y sufrimiento, merma de las capacidades vitales e intelectuales e imposibilidad para el autocuidado. En general, impiden el goce de la existencia, llevar una vida digna. Entre ellas pueden mencionarse la cuadriparesia, el accidente cerebrovascular severo, los graves trastornos psiquiátricos refractarios.

Por ejemplo, varios de los protagonistas de las sentencias analizadas en el capítulo tres presentaban situaciones clínicas que generaron duda sobre si su enfermedad se encontraba en fase terminal. En este sentido, véase el caso de “*Julia*”, en la sentencia T-970/14, la mujer con cáncer de colon y carcinomatosis abdominal, caso en que su médico paliativista consideró que ella aún tenía opciones, refiriéndose al cuidado paliativo. De igual manera sucedió en el caso de “*LMMF*”, la paciente en estado vegetativo post lobectomía, analizado en la sentencia T-721/17. En este, una de las razones para negarle el procedimiento a ella fue “*la duda*” sobre si su condición clínica era terminal o no y no se agotaron los recursos

técnico-científicos para esclarecerlo. Otro ejemplo es el analizado en la sentencia T-060/20, la situación de “*María Liria Calle*”, la mujer de 94 años, postrada en cama, con anquilosamiento, esquizofrenia vs alzhéimer, quién no se comunicaba con el medio, ni se valía por sí misma para las actividades básicas cotidianas. A juicio de las accionadas ella no era una paciente en estado terminal. Sin embargo, por las condiciones clínicas descritas en la sentencia, bien podría argumentarse que el estado de esta paciente era de la etapa terminal de una demencia por alzhéimer⁶⁰; pero, aquí también se negó el amparo del procedimiento eutanásico.

El Protocolo para la Práctica de la Eutanasia del Ministerio de Salud, adoptado en 2015, define al paciente en estado terminal como:

aquel paciente con una enfermedad medicamente comprobada avanzada, progresiva, incontrolable que se caracteriza por la ausencia de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento, por la generación de sufrimiento físico - psíquico a pesar de haber recibido el mejor tratamiento disponible y cuyo pronóstico de vida es inferior a 6 meses.

Como se observa, en este protocolo que, no está por mas decirlo, tiene menor rango normativo que las regulaciones anteriores, la definición de paciente terminal está delimitada por la expectativa de vida, mientras que en la Ley de Cuidado Paliativo – Ley 733 de 2014- y en la Resolución 1216 de 2015, este término podría entenderse ya sea por el pronóstico fatal corto o por la ausencia de alternativas terapéuticas⁶¹. Estas últimas normas definen como enfermo terminal a todo aquel que padezca una enfermedad progresiva e irreversible, (1) con pronóstico fatal próximo, no susceptible de un tratamiento curativo que permita modificar el pronóstico de muerte próxima, luego, en la redacción, seguido por un punto y coma, la norma dice (2) o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos

⁶⁰ Fase 7 en escala de Fast o con alto riesgo de mortalidad en 6 meses, según el puntaje MDS (Arriola, s.f, p.p 172 – 200)

⁶¹ Ley 1733/2014, art. 2: “Se define como enfermo en fase terminal a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.”

han dejado de ser eficaces. De la lectura de la norma se entiende que existen dos supuestos de pacientes en estado terminal.

En la práctica, las instituciones de salud (EPS - IPS), así como los jueces que deciden sobre las solicitudes de eutanasia, suelen concebir el requisito de paciente terminal en términos cronológicos, es decir, como corto pronóstico de vida. Así, por ejemplo, en el caso de “*LMMF*” (T-721/17) se señaló tanto por la EPS, el Juez de segunda instancia y por la Corte Constitucional que la paciente padecía una enfermedad crónica, degenerativa e incurable, pero no en estado terminal. No obstante, vale la pena preguntarse si una paciente sometida a lobectomía, en estado vegetativo permanente por encefalopatía hipóxica, con cuadriparesia espástica, clonus, traqueostomía y gastrostomía, no se haya dentro del último supuesto de la definición de la ley y la resolución, en cuanto a la ausencia de alternativas terapéuticas curativas ya que, en este caso, ningún tratamiento tendría propósito curativo, pues a la luz de la *lex artis* no existe.

Del mismo modo, en el caso de “*María Liria*” (T-060/20) el juez de primera instancia negó las pretensiones argumentando que la paciente no tenía diagnóstico de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, ni que estuviera catalogada como una paciente terminal, con un pronóstico fatal corto o que recibiera cuidados paliativos. En este caso, el juez entendió no solo que la paciente no presentaba un estado de enfermedad en fase terminal, sino que, además, desestimó que alguna de sus enfermedades fuera crónica, degenerativa e incurable. A pesar de lo anterior, puede afirmarse que la esquizofrenia, el Alzheimer, y la enfermedad arterial oclusiva padecidas por la paciente son patologías crónicas, incurables y, algunas de ellas, pueden llegar a ser degenerativas hasta una fase terminal, en el entendido de ser enfermedades sin alternativas terapéuticas curativas o de alivio.

En esta sentencia, el juez además circunscribió la categoría de enfermedad terminal a recibir o no cuidados paliativos, como si estos fueran un requisito de procedibilidad para la práctica de la eutanasia, pero ello no es así. De conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte, los cuidados paliativos son un mecanismo más con el que cuentan los pacientes, al cual en

uso de su autonomía pueden acudir o no, para satisfacer su derecho a morir dignamente. Una situación similar, en relación con el requisito de recibir cuidado paliativo, ocurrió en el caso de *LMMF* (T- 721/17), en el que las accionadas afirmaron que la paciente no era candidata a reanimación, pero que no había sido sometida a cuidado paliativo y que recibirlo era un requisito obligatorio para la práctica de la eutanasia, según ellas, de conformidad con el artículo 5 del ABC del Ministerio de Salud para la protección del derecho a morir dignamente.

Además de lo anterior, en la misma sentencia T-060/20, la Sala de revisión de la Corte sostuvo que *María Liria* no se encontraba con un diagnóstico de enfermedad terminal que “demuestre un **cáncer progresivo** e irreversible, con pronóstico fatal próximo (...) que no sea susceptible de un tratamiento curativo (...) que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; **o cuando los recursos terapéuticos (...) curativos han dejado de ser eficaces**” (subraya y negrilla fuera de texto). A mi juicio, este pronunciamiento afianza las dificultades en cuanto al requisito de padecer una enfermedad en estado terminal. En primer lugar, equipara la enfermedad terminal con cáncer, como si esta fuera la única condición clínica que llega a esa fase. En segundo lugar, acoge la última disposición normativa de la ley de cuidado paliativo para definir al paciente terminal, de la cual, como se dijo anteriormente, podría derivar una interpretación en la que se entienda por paciente terminal a todo aquel que padece una enfermedad progresiva e irreversible, frente a la que “los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces”, con independencia de su pronóstico vital.

De este modo se evidencia la disparidad de criterios para entender qué es un paciente terminal. Lo cual adquiere enorme relevancia. De ello depende tener o no, la titularidad del derecho a morir dignamente mediante la eutanasia. No pasa lo mismo con los cuidados paliativos pues su titularidad es más amplia. En síntesis, el derecho a morir dignamente tiene dos dimensiones, el cuidado paliativo y la eutanasia, con diferentes titulares. Esta situación resulta muy extraña y quizá jurídicamente inexplicable.

b. Tensión entre la indicación de cuidado paliativo y la titularidad de la lícita ayuda a morir.

La Ley 1733 de 2014 “*regula los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida*”. Esta norma en su artículo 1 acoge como definición de cuidados paliativos los “*apropiados para el paciente con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible donde el control del dolor y otros síntomas, requieren, además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo*”.

De lo anterior se entiende que, existen dos tipos de pacientes destinatarios del cuidado paliativo, a saber: primero, el paciente terminal, entendido como (i) el paciente que padece una enfermedad progresiva e irreversible, con pronóstico fatal próximo, no susceptible de un tratamiento curativo que permita modificar el pronóstico; (ii) el paciente que padezca una enfermedad progresiva e irreversible en el que los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces, definido en el artículo 2 de la norma. Segundo, el paciente que padece una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, que impida esperar su resolución definitiva o curación, definido en el artículo 3 de la misma norma. En este sentido, en la sentencia T-721/71 se sostuvo que “*el cuidado paliativo no está dado únicamente para pacientes en fase terminal, también es para pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles y de alto impacto para la calidad de vida*”. Esta aclaración en la sentencia fue necesaria porque a LMMF le fueron negados estos servicios médicos, porque el daño neurológico que presentaba no permitía saber si padecía dolor. Esto a pesar de que se reconocía que ella tenía una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, sin ser terminal, porque se desconocía su expectativa de vida. Con lo cual, a juicio de la Corte, se violó el derecho de la paciente a una muerte digna, a través del cuidado paliativo.

Como se recordará, en esa sentencia la Corte enfatizó en que “*en los casos específicos de pacientes con enfermedades en fase terminal o crónicas, degenerativas e irreversibles,*

con alto impacto en la calidad de vida, tienen derecho a: (iv) la atención en cuidados paliativos” y que “(...) *los pacientes con una enfermedad terminal que les cause intensos dolores, tienen derecho a: (vi) solicitar la realización del procedimiento eutanásico, regulado por la Resolución 1216 de 2015*”. Así pues, es claro que el derecho a la muerte digna, según el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional tiene dos tipos de titulares. Los primeros son los pacientes terminales que padecen sufrimiento, quienes pueden acceder al cuidado paliativo y a la eutanasia. Los segundos, aquellos pacientes con enfermedades crónicas, degenerativas e irreversibles, con alto impacto en la calidad de vida, que solo pueden acceder a los cuidados paliativos. Sin embargo, la razón de esta distinción no es clara.

El derecho a morir dignamente busca salvaguardar la dignidad que se ve amenazada para las personas con condiciones clínicas de sufrimiento irremediable. Esto llama especialmente la atención. En consonancia, en la sentencia T-544/14, donde se valoró la condición de “*Francisco*”, el menor de edad con parálisis cerebral, la Corte sostuvo que “*el Estado debe impedir que las personas sufran intensamente como consecuencia de una enfermedad en estado terminal, sean mayores o menores de edad*”. Sin embargo, en toda la línea jurisprudencial no es claro qué fundamento existe para decir que solo el paciente terminal ve amenazada su dignidad con una enfermedad crónica, degenerativa e incurable. Otros pacientes, aunque no tienen una corta expectativa de vida, llegan a considerarla indigna por los terribles e irremediable sufrimientos que una enfermedad les ocasiona, la cual deben soportar durante años, sin posibilidades de alivio. Así, prueba de que son múltiples los escenarios de sufrimiento irreparable, es que los pacientes en fase terminal no son los únicos que tienen indicación médica de cuidados paliativos sino todo aquel con enfermedad crónica, degenerativa e incurable con alto impacto en la calidad de vida.

De otro lado, en la sentencia T-322/17, el caso de “*Reinaldo Anaconda*”, el anciano de 91 años en condición de abandono, el Tribunal Constitucional afirmó que el juez “*(d)ebe distinguir entre una situación dramática pero superable, de una situación trágica que imponga cargas heroicas frente a los sufrimientos que comprometan gravemente la posibilidad de existir en dignidad.*” Entonces, desde este desarrollo argumentativo, carece

de fundamento restringir la titularidad del derecho a morir dignamente mediante la eutanasia al paciente terminal, pues esta no es la única condición “*insuperable*” y que “*compromete gravemente la posibilidad de existir en dignidad*”. Más aún si por paciente terminal solo es entendido aquel con corta expectativa de vida, pues considero que, generalmente, es cuantitativamente más dañina una condición que se perpetúa en el tiempo, que la que se restringe a un corto periodo de existencia.

En relación con la situación dramática *versus* trágica, en la sentencia T-060/20 se afirmó que la condición de *María Liria Calle* era dramática por el debilitamiento propio de su edad avanzada y las limitaciones de su estado crónico, pero que esta no era una condición trágica. Respetuosamente me aparto de esta conclusión. Si, de conformidad con la Corte, una condición dramática se distingue de una trágica por i) el grado de afectación de la dignidad humana y ii) la imposibilidad de superar tal situación, no considero posible sostener que una persona de 94 años, postrada en cama, con anquilosamiento, sordera, desnutrición, desconectada del medio, con esquizofrenia vs alzhéimer y amputación de dedos por enfermedad oclusiva crónica, no tenía afectada su dignidad gravemente y de manera insuperable y, por lo tanto, sostener que su condición no era trágica. Adicionalmente al problema médico y jurídico de la ambigüedad de la expresión terminal, existe un frecuente temor médico a comprometerse con la denominación de paciente terminal. Esto no solo por las repercusiones anímicas del concepto en el paciente y en su núcleo familiar. También por las implicaciones jurídicas del término que, en muchos casos, podría ir en contra vía de la escala de valores y preferencias del profesional de la salud quien, aunque esté llamado a la objetividad y la laicidad en el ejercicio profesional, en muchas ocasiones no logra desvincularse de estos y antepone a sus actos profesionales sus convicciones sobre la vida y otros bienes y valores.

Además de lo anterior, no se puede dejar de lado que en la medicina, como ciencia, ha existido un cambio de paradigma, desde el modelo paternalista hacia el autonomista; pero que, a pesar de esto hay una fuerte tendencia a la formación de los médicos desde postulados paternalistas. Así, por ejemplo, la Ley 23 de 1981 proclama una desactualizada versión del juramento hipocrático que no promulgaba un compromiso especial con el respeto a la

dignidad humana y la autonomía⁶². Sin embargo, este juramento, acogido por la Asamblea Médica Mundial en 1948, ha sufrido varias actualizaciones y modificaciones: 1968, 1983, 1994, 2005, 2006 y 2017, las cuales no se han incorporado por completo en la práctica médica actual. Ello a pesar de que, estas actualizaciones lo que han buscado es dar respuesta a los cambios sociales, políticos y a los avances científicos, reconociendo el respeto especial que, en la actualidad, en el ejercicio de la medicina debe darse a la autonomía y la dignidad. En relación con estos cambios al juramento y sus razones, Sánchez-Salvatierra y Taype-Rondan (2018) sostienen que:

1) La versión inicial del juramento fue acusada de promover una ética médica paternalista que centraba el tratamiento del paciente exclusivamente en la opinión del médico, lo cual podía prestarse como justificación a cometer atrocidades contra los pacientes. En los años 90 surge el principio ético de autonomía por lo cual en la versión actual del juramento se agrega el “*respetar la autonomía y la dignidad de mi paciente*”. 2) La versión inicial del juramento dejaba de lado asuntos importantes como las obligaciones del médico con las necesidades de la sociedad, por lo cual en la versión actual se agregó el “*Compartir mis conocimientos médicos en beneficio del paciente y el avance de la salud*”. 3) Se consideró que, siendo una profesión de riesgo, la salud física y mental del médico debía ser óptima para poder brindar un adecuado cuidado a sus pacientes. Por ello, en la versión actual se agregó el “*Cuidar mi propia salud, bienestar y capacidades para prestar atención médica del más alto nivel*”. 4) La versión inicial del juramento prohibía la realización de la eutanasia y el aborto. Sin embargo, al tener en cuenta el respeto por la autonomía de los pacientes, el respeto por los derechos reproductivos de las mujeres, y las complicaciones debido a la penalización del aborto; la versión actual del juramento solo menciona “*Velar con el máximo respeto por la vida humana*”.

Así, una lectura literal de la Ley 23 de 1981, proclamaría un juramento anticuado y anterior a la Constitución. Sin embargo, esta norma debe ser leída en clave constitucional en tanto su

⁶² Ver promesa del médico. Convención de Ginebra, en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-ginebra/#:~:text=CUIDAR%20mi%20propia%20salud%2C%20bienestar,empe%C3%B1ando%20mi%20palabra%20de%20honor>. Último acceso (3 de mayo de 2021).

exequibilidad sólo es posible si se constitucionaliza, es decir, si se entiende bajo los postulados axiológicos de la Carta Política de 1991. La dignidad humana y la autonomía son dos de los principios que configuran esa dimensión ético-sustantiva de la Constitución. Por lo tanto, el ejercicio de la medicina debe adecuarse a la versión contemporánea del juramento hipocrático de la Convención de Ginebra que es compatible con la Constitución vigente. Ello porque proclama como compromiso médico respetar la autonomía y la dignidad del paciente. No está demás decir que la misma Ley 23 de 1981, en su artículo 2, afirma que se acoge el juramento contenido en la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, lo cual implica que esta ley es dinámica y se actualiza de conformidad con la Convención, siempre que ella sea compatible con la Constitución. Además de las razones jurídicas expuestas, es necesario el entendimiento de las realidades sociales y de las luchas de la humanidad por el respeto de sus derechos. Una lectura inadecuada de este juramento desconoce el reconocimiento de la autonomía que ha logrado la sociedad moderna. Incita, al ejercicio de una medicina paternalista, centrada en el deseo y la opinión del médico, al margen de la voluntad del paciente; es decir, en detrimento de la dignidad humana.

Estas confusiones son comunes entre los profesionales de la salud, quienes en muchas ocasiones experimentan profundas aflicciones por no tener claridad sobre cuándo se encuentran frente a un deber médico, la satisfacción de un derecho fundamental o la posibilidad de incurrir en un delito. Por ello, es de vital importancia una legislación clara que deje ver la perfecta armonía que en la actualidad existe entre los deberes profesionales desde la ética médica y los postulados constitucionales. Entre ellos no hay incompatibilidades. Es necesario desmitificar la creencia de que la medicina fue descubierta únicamente para curar y sanar, ya que ella también tiene como propósito “*dar buena muerte*”, como se logró entender en diferentes momentos de la historia. En este sentido, Rengifo (2019, p. 220) citando a Vélez (2003), afirma que “*la medicina no es para hacer inmortal la humanidad, sino para ayudarle a mitigar el sufrimiento*”.

4.3.2. Segunda Barrera: controversias en torno al consentimiento, en especial el sustituto y las manifestaciones de voluntad anticipada

En la sentencia T-970/14 se indicó que el consentimiento para la eutanasia podría ser previo, formal, informal, escrito, verbal o sustituto. Al respecto, en la T-322 de 2017 se dijo que el consentimiento sustituto “*ocurre en los eventos en los que la persona que sufre de una enfermedad terminal, se encuentra en imposibilidad fáctica de manifestar su consentimiento. En esos casos la familia puede sustituir su consentimiento*”. Adicionalmente, en la sentencia T-544/17, se señaló que: “*deberá analizarse el consentimiento sustituto por imposibilidad fáctica para manifestar la voluntad (...) del NNA. En estos eventos, los padres, personas o entidades que se encuentren legalmente a cargo pueden sustituir el consentimiento (...)*”. Por su parte, la Resolución 825 de 2018, en cuanto al consentimiento sustituto de los menores de edad, determinó que éste solo podrá otorgarlo quien ejerza la patria potestad.

A pesar de esto, luego de la expedición de la Ley 1733 de 2014 sobre cuidados paliativos, y en especial, luego de las Resoluciones 1216 de 2015 y 2665 de 2018 (esta última reglamenta las voluntades anticipadas) se ha venido exigiendo, en los casos en los que el paciente está en incapacidad fáctica para manifestar su voluntad, la presentación de un documento de voluntad anticipada (DVA) para que proceda el consentimiento sustituto. Constituyéndose con esto una enorme contradicción. Esto, por ejemplo, fue lo que sucedió en los casos de *María Liria Calle* (T-060/20) y de *LMMF* (T-721/17). En el último caso, ello ocurrió a pesar de que la madre de la paciente sostuvo que la eutanasia era el deseo de su hija.

El contrasentido de esta situación radica en que el consentimiento, como expresión de la autonomía del titular de un bien puede ser previo, posterior, formal o informal. No debe confundirse con el consentimiento sustituto que es la manifestación de voluntad de un tercero distinto al titular. La figura de la voluntad previa puede darse cuando, existiendo una condición actual que impide manifestar la voluntad, ésta se hizo pública de forma anterior. Esto pudo hacerse: i) de manera informal, pero hay un tercero que conoció dicha manifestación y se encarga de expresarla, ello no implica una sustitución. En estos casos la manifestación mediante el tercero es solo un mecanismo para expresar la voluntad original del paciente. También podría ocurrir que: ii) la manifestación fuera formal, por ejemplo

ante un notario, caso en el cual no se requiere la expresión de voluntad mediante un tercero, basta con mostrar el documento realizado por el titular del bien. Por último, existe el supuesto en el que el paciente puede expresar su voluntad, caso en el que no es necesario discutir el papel de terceros. Por su parte, el consentimiento sustituto, es la toma de decisión de un tercero por el titular del derecho, sin tener en cuenta la voluntad de este. Estas confusiones terminológicas incrementan las barreras para el acceso al procedimiento eutanásico.

La discusión sobre la legitimidad del consentimiento sustituto solo es oportuna en el escenario de personas que nunca pudieron expresar su voluntad o ejercer su autonomía, quizá por una condición gestacional, una lesión al nacer, v.gr una parálisis cerebral o porque presentaron una condición incapacitante antes de adquirir el desarrollo neurocognitivo necesario para la toma de estas decisiones y para el ejercicio de su autonomía. Deseo aclarar que no considero que estas personas no tengan posibilidad de recibir ayuda a lícita a morir. Solo que, en su caso, la vía de argumentación no es el respeto por la autonomía. Probablemente se encuentren otras razones constitucionales que la justifiquen, como, por ejemplo, el sufrimiento irremediable que afecta una mínima noción común de dignidad humana; sin embargo, ello desborda el problema que se planteó en esta tesis.

Desafortunadamente, este error en el entendimiento del consentimiento sustituto ha sido inducido por el artículo 15 de la Resolución 1216 de 2015, en el cual se señala que procede el consentimiento sustituto si se acredita un DVA. Pero fue por ello que, en la sentencia T-721/17, la Corte Constitucional afirmó que esta norma de la resolución contraría el sentido de lo decidido en la sentencia T-970/14, la cual, justamente, buscaba ampliar los mecanismos para la expresión de la voluntad desde la forma previa, posterior, formal o informal, hasta el consentimiento sustituto, cuando hay imposibilidad fáctica para realizar la manifestación de voluntad. Esta norma de manera errónea asimila consentimiento sustituto con voluntad previa y escrita. Por lo tanto, la Corte ordenó al Ministerio de Salud corregir el artículo 15 de dicha resolución de acuerdo con lo indicado en la sentencia del 2014; así como que regulara claramente lo atinente al consentimiento sustituto; sin embargo, esto no ha ocurrido. A juicio

del Ministerio de Salud, según lo expresó en la sentencia T-060/20: “*la opción de que cualquier persona diferente a uno mismo, sustituyendo el juicio personal, determine que continuar viviendo configura un daño, va en contravía de la definición de decisión autónoma*”, de tal manifestación se infiere la falta de voluntad de esta entidad para realizar la corrección y emitir la regulación correspondiente.

Esta situación de exigir un DVA para validar el consentimiento sustituto, no solo genera contradicciones con la sentencia T-970/14, también lo hace con la sentencia C-233/14. En la última, se analizaron las objeciones gubernamentales al proyecto de ley de cuidados paliativos y se indicó que el documento de voluntad anticipada:

i) Refleja la posibilidad que tiene el paciente de negarse a que le sean realizados tratamientos innecesarios (...). (ii) No implica la facultad de que el paciente determine cuáles tratamientos son o no necesarios. Esta es una atribución que únicamente los profesionales de la medicina pueden ejercer (...). (iii) Dicha manifestación, además de que NO implica el ejercicio de un derecho nuevo en el ordenamiento jurídico, tiene fundamento en el principio de proporcionalidad (...); (iv) En tanto no se define sobre si se recibe una cura o no, no se decide sobre el derecho a la salud; ni, de forma mediata, sobre el derecho a la vida de una persona. (v) La Voluntad Anticipada no reconoce derecho diferente a aquellos de los que, conforme al ordenamiento jurídico vigente en cada momento, ya es titular todo paciente (...). (vi) En complemento de los dos literales anteriores, la suscripción de este documento **no implica decisión sobre la terminación anticipada de la vida del paciente**. Ni siquiera tendría fundamento el argumento de que dicha decisión se presenta de forma mediata al renunciar a un determinado tratamiento, pues, se reitera, el paciente no ha decidido cuáles tratamientos se aprecian como innecesarios en su caso. (vii) **De manera que no existe duda respecto del carácter no eutanásico del artículo 1º y del numeral 4º del artículo 5º del proyecto de ley objetado.**
(subraya y negrilla fuera de texto)

Así pues, en el anterior pronunciamiento se dijo expresamente que la voluntad anticipada es una renuncia a tratamientos innecesarios y que no implica una decisión sobre la

terminación anticipada de la vida, por lo cual, los artículos objetados del proyecto de Ley Consuelo Devis Saavedra no tenían carácter eutanásico. En virtud de lo anterior se decretó la exequibilidad del proyecto, hoy Ley 1733 de 2014. Sin embargo, como ya se ha dicho, la Resolución 1216 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud, estableció como requisito para la práctica de la eutanasia estos documentos en pacientes que no pueden manifestar su voluntad. Esta situación es grave, pues es impuesta por el máximo ente encargado de dar los lineamientos al sector salud, quien en concordancia con esta norma, en sentencia reciente (T-060/20) sostuvo que, en el caso de la reorientación del esfuerzo terapéutico se admite la solicitud por terceros pero, la eutanasia exige de autonomía, por lo que no es procedente el consentimiento sustituto.

Esta posición del ente gubernamental, reflejada en el acto administrativo por él emitido – Resolución 1216 de 2015- no solo no se ajusta a lo dispuesto en la sentencia T-970/14, sino que también está viciado de nulidad al contrariar las disposiciones de la sentencia C-233/14, en la cual la Corte, entre otras cosas, analizó la constitucionalidad de los DVA y declaró la exequibilidad del proyecto de ley de cuidados paliativos. Esto porque consideró que sus normas no implicaban una autorización para la eutanasia. Es decir que, la exequibilidad derivó de que las voluntades anticipadas no tenían implicaciones sobre el derecho a la vida, pues ellas no son autorizaciones para acortarla; por lo cual, su trámite no tenía que adelantarse como una ley estatutaria. Desafortunadamente y de manera inapropiada, en la actualidad a los DVA se les ha dado carácter eutanásico, al punto de ser requisito indispensable en algunos supuestos como se evidenció en la línea jurisprudencial del capítulo tercero.

Esta situación puede perpetuarse en el tiempo, pues en la referida sentencia T-060/20 se ordenó al Ministerio de Salud reglamentar las condiciones de viabilidad del consentimiento sustituto para la eutanasia, en los eventos en los que “(i) *el paciente se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad*, y (ii) *se carezca de un documento formal de voluntad anticipada*” (subraya fuera de texto). Como se lee, esta orden continúa vinculando los DVA a la autorización para el procedimiento eutanásico, desconoce que consentimiento sustituto y voluntad anticipada

son fenómenos distintos. Si hay una voluntad previa no se requiere un consentimiento sustituto, con independencia de la forma en la que aquella conste. El consentimiento sustituto opera cuando se desconoce la voluntad del paciente y otra persona, legitimada para ello, da su consentimiento como una manifestación de su propia voluntad y no de la voluntad del paciente.

Por último, otra crítica a la concepción de los DVA, ya que un análisis minucioso sobre su definición lleva a concluir que, tal y como fueron definidos en la sentencia de constitucionalidad del proyecto de Ley, no son pragmáticamente relevantes, carecen de utilidad; es decir, no sirven de nada, como pasa a exponerse. En la referida sentencia C-233/14, la Corte sostuvo que:

Esta manifestación de voluntad implica la renuncia a tratamientos innecesarios, es decir, a aquellos tratamientos que se aprecian como fútiles (...). Dichos tratamientos serán aquellos que, sin importar las consecuencias para el paciente o para su familia, busquen curar o extender su vida en condiciones de –fase terminal de una enfermedad degenerativa, irreversible e incurable–; razón por la cual su realización configura casos del llamado encarnizamiento o ensañamiento terapéutico. (subraya fuera de texto)

Más adelante, en la sentencia se señaló que los documentos de voluntad anticipada:

No implica la facultad de que el paciente determine cuáles tratamientos son o no necesarios. Esta es una atribución que únicamente los profesionales de la medicina pueden ejercer. La Voluntad Anticipada es, por el contrario, una manifestación general de que ante el eventual escenario de enfermedad degenerativa, crónica e irreversible que se encuentre en fase terminal, no le sean realizados tratamientos que, de acuerdo al estado de la ciencia médica, se consideren innecesarios.

Este pronunciamiento entra en concordancia con lo sostenido en el capítulo primero de esta tesis, sobre los principios de beneficencia (utilidad/indicación), no maleficencia

(contraindicación) y justicia (inutilidad/no indicación)⁶³. Como se desarrolló en dicho capítulo, la determinación de la indicación terapéutica de un tratamiento le corresponde de manera exclusiva al médico, esto sin perjuicio de la autonomía del paciente. Es decir, es el profesional de la medicina quién luego de un ejercicio de ponderación entre indicación, no indicación y contraindicación *-a partir de criterios técnico científicos-*, establece cuáles son las alternativas terapéuticas viables para el paciente, sus beneficios y riesgos, para que, sea el paciente quien en un ejercicio de autonomía balancee sus intereses en juego y determine, acorde con su escala de valores, creencias y preferencias cuál opción comporta para él, el mayor beneficio. ***El médico no puede ofrecer al paciente tratamientos innecesarios***, es un deber ético y legal, de lo contrario incurriría en encarnizamiento terapéutico. La futilidad, distanasia o encarnizamiento o están proscritos en el ejercicio de la medicina, como se señaló en el referido capítulo.

En relación con este aspecto, la Resolución 2665 de 2018, en el artículo 1 señala que podrán suscribir DVA:

cualquier persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales y con total conocimiento de las implicaciones de esa declaración, respecto a no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos innecesarios que pretendan prolongar su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y garantizando el cumplimiento de dicha voluntad.

Lo anterior es una evidente contradicción. No es necesario facultar al paciente para renunciar a tratamientos innecesarios, pues antecede un deber médico de no ofrecerlos. Esta facultad parecería contener un prejuicio en relación con la buena voluntad en la práctica médica. En principio, es de suponerse que cuando un médico ofrece a un paciente un tratamiento, evidencia en éste algún grado de beneficio y que el cálculo de tal utilidad no

⁶³ Ver acápite

1.4. Validez de la denominación de conducta eutanásica de los conceptos de limitación, reorientación del esfuerzo terapéutico y sedación paliativa

parte de sus intuiciones o anhelos. Sino que la expectativa sobre el beneficio proviene de una adecuada fundamentación técnico-científica, es decir, de la *lex artis*. De lo contrario incurriría en faltas, como, por ejemplo, la trasgresión de su régimen disciplinario por sometimiento a tratamientos o exámenes innecesarios y a riesgos injustificados, artículos 10 y 15, respectivamente, de la Ley 23 de 1981. Si además, como se sostiene en la sentencia C-233/14, las voluntades anticipadas no pueden contener la autorización para un procedimiento eutanásico, entonces, en esencia, éstas son: “*un canto a la bandera*” y no, como afirma la Corte, un mecanismo para la garantía de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

Vale la pena subrayar que en cuatro de las seis sentencias de tutela analizadas en el capítulo tercero la Corte determinó la violación del derecho a morir dignamente en alguna de sus dimensiones, pese a que en todas ellas se declaró la carencia actual de objeto por daño consumado. Este derecho tal y como se configura en la actualidad tiene vacíos y está reglado por normas difusas y contradictorias que constituyen barreras injustificadas para la autonomía de los pacientes; por tanto, son atentatorias de la dignidad humana.

4.4. Eutanasia y suicidio asistido. Mecanismos para la protección de la autonomía en el Estado constitucional

Bajo el amparo del Estado constitucional la eutanasia encuentra justificación en el respeto por la autonomía y en el sufrimiento que torna indigna la existencia del titular del derecho a la vida. Este acto es un mecanismo que busca garantizar la dignidad mediante el reconocimiento de la autonomía y bajo el presupuesto de que la vida que protege el Estado es la vida digna (Farfán, 2008, p. 308), la vida que es querida y deseada por su titular. Un Estado social y liberal de derecho, como el nuestro, tiene como características fomentar las libertades individuales, no intervenir en los aspectos más íntimos de la existencia de sus asociados, promover los valores constitucionales y solo interferir en los comportamientos que afecten derechos y libertades de terceros.

En Colombia, por ejemplo, hemos pasado de un Estado de derecho a un Estado social de derecho (...) la organización que nos rige ya no solo está sujeta a la ley sino que,

más aun, tiene la obligación constitucional de promover activamente los valores constitucionales (...) las normas no son vistas exclusivamente como reglas, sino también como principios requeridos de ponderación y maximización (Arango, 2004, p.145).

El reconocimiento de derechos fundamentales es otro rasgo distintivo de este modelo de Estado. Los derechos fundamentales son personalísimos. Esto quiere decir que le pertenecen de manera exclusiva a cada titular. Así, el derecho fundamental a la vida y su ejercicio está en cabeza únicamente de cada persona y alberga la posibilidad de renunciar a él. Es decir, el derecho/facultad a la vida es un bien disponible para su titular, mediante su dimensión negativa. No es un derecho absoluto (Ferrerres, 2020) y frente a él se puede desarrollar un auténtico ejercicio de la autonomía personal.

De este modo, resulta ilegítimo obligar a alguien a renunciar a su derecho a la vida, pero también lo es obligarle a vivir en contra de su voluntad. Más aún, resulta cruel someter a una persona a vivir cuando padece sufrimientos irremediables por una enfermedad o lesión corporal grave e incurable. Es decir, cuando como consecuencia de una enfermedad ha sido desposeída, en palabras de Diego Gracia (1998, p. 281): expropiada de su cuerpo, y llevada a un punto de medicalización en el cual, la vida, es un simple hecho biológico, al margen de la existencia como persona, ser autónomo y digno. La intromisión del Estado mediante la penalización de la ayuda a morir, que acoge al homicidio por piedad y el suicidio asistido⁶⁴, en pacientes con intensos e irremediables sufrimientos, por una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, es una violación al principio de prohibición del exceso que rige al derecho penal y torna arbitraria la protección del bien jurídico vida por parte del Estado (Rengifo Varona, 2019, p. 36). Además, el derecho, es un ejercicio dialéctico, una construcción del hombre para vivir en sociedad. Esta misma construcción ha definido, desde la teoría de las normas jurídicas, que un derecho cuya naturaleza jurídica es de libertad, no puede constituirse en un deber, en una obligación.

⁶⁴ Entendiendo eutanasia y ayuda al suicidio como sinónimos pero con una diferencia en la conducta. En la eutanasia es el médico quien despliega toda la acción para ocasionar la muerte, Mientras que en el suicidio asistido, el médico proporciona los recursos (medicamentos), pero la conducta la desarrolla el paciente. Ambas bajo los mismos supuestos.

Carmen Juanatey (2004, pp. 50 - 68) en *El Derecho y la Muerte Voluntaria* realizó una breve reseña sobre la concepción filosófica del suicidio a partir de destacados personajes de la historia. Inició con Aristóteles, quien consideraba el suicidio una conducta ilícita, ya que cada integrante de la *polis* formaba una unidad con su ciudad, por lo que esto era un crimen social. La autora, expuso como los estoicos y epicúreos dejaron de considerar el suicidio algo ilícito, para entenderlo como un acto moralmente indiferente. Según ella, circunscrito en esta corriente filosófica, Seneca defendió el derecho a quitarse la vida como una cuestión meramente racional. Mientras que para San Agustín y Santo Tomás no existía otra acción que encarne tanto el mal como el suicidio, pues el mandamiento de no matar incluye el hecho de no darse muerte a sí mismo. No obstante, para ellos este acto podría ser legítimo en cumplimiento de la ley o de un mandato divino o para evitar un mal mayor (por ejemplo, impedir cometer un pecado grave).

Juanatey expone como Hume hace una réplica a Santo Tomás, señalando que en el suicidio no hay una revelación en contra de Dios, tampoco se lesiona al prójimo, ni hay trasgresión de los deberes para con nosotros mismos. Su tesis es que nadie renuncia a la vida si esta merecía la pena conservarse. Así mismo ella afirma que Kant, por su parte, se acercaba más a Santo Tomás que a Hume en cuanto a la justificación moral del suicidio. Mientras que la tesis de Stuart Mill derivaría directamente de Hume. Éste señaló que el derecho penal solo debe encargarse de las acciones que hacen daño a otros. Idea predominante de la posición liberal y antipaternalista. Finalmente, la autora hace referencia a Wittgenstein, quien, según ella, calificó al suicidio como el pecado fundamental, no susceptible de ser valorado de bueno ni malo, así como tampoco de permitido ni prohibido.

La reseña de la autora ilustra como la discusión sobre la legitimidad del suicidio, no solo es antigua, sino que ha sido abordada a lo largo de la historia desde parámetros éticos, morales y jurídicos. En nuestro contexto, es claro que el legislador colombiano desde tiempo atrás comprendió que el suicidio es una conducta que no puede ser reprochada por el derecho penal y que “*los derechos fundamentales limitan la posibilidad de decisión legislativa y aseguran a personas y grupos frente a la voluntad política mayoritaria*” (Arango, 2004, p. 113). Por lo tanto, no es posible establecer límites injustificados al ejercicio de la autonomía y a los

derechos de los cuales ella constituye su núcleo esencial, como, por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad.

Esta decisión del legislador de no penalizar el suicidio es consecuencia del reconocimiento de la autonomía como un principio del Estado. Igual fundamento tiene la causal de antijuridicidad contenida en el artículo 32 del Código Penal actual, consistente en la ausencia de responsabilidad cuando hay consentimiento en la lesión del bien jurídico por parte de su titular. Entonces, en este contexto, vale la pena preguntarse por qué la ayuda a morir (eutanasia o suicidio asistido), cuando deriva de la decisión libre y voluntaria del titular del derecho a la vida, merece reproche penal. Máxime cuando esa decisión proviene de una situación de sufrimiento irremediable que solo encuentra alivio en la muerte. Esta pregunta adquiere mayor relevancia en un Estado que proscribiera los tratos crueles e inhumanos, que proclama la dignidad humana como principio rector y el respeto por la autonomía como una expresión de dicha dignidad.

En mi concepto, no existe una razón que, a la luz de la Constitución vigente, justifique la negativa de ayuda a morir a una persona que, en pleno uso de sus facultades mentales, bajo un auténtico ejercicio de su autonomía, con fundamento en irremediables sufrimientos por enfermedad o lesión corporal grave e incurable, decide dejar de vivir. La explicación más probable es de índole religiosa, pero no jurídica. Bajo la visión religiosa la vida es inviolable, un valor sagrado. Es decir, la vida es sacralizada⁶⁵. Carlos Gaviria Díaz en un diálogo sobre debates éticos en la Universidad de Antioquia⁶⁶ habló sobre la eutanasia y, en particular, de la sentencia C-239/97. En aquella ocasión sostuvo que la ponencia inicial presentada por él hacía referencia al sujeto que padecía una enfermedad o lesión corporal grave e incurable, no

⁶⁵ Juan Pablo II (1995), en la carta encíclica *Evangelium Vitae*, declaró el valor y el carácter inviolable de la Vida, en estos términos: “La presente Encíclica, fruto de la colaboración del Episcopado de todos los Países del mundo, quiere ser pues una confirmación precisa y firme del valor de la vida humana y de su carácter inviolable”. Carlos Novoa (2012), profesor de la Universidad Javeriana, filósofo, doctor en ética teológica y sacerdote jesuita, en columna de opinión afirma que: “*Aprehendemos que la vida es un regalo inmensamente grande, que por lo tanto merece verdadera veneración, que se nos ha dado y no nos pertenece de manera arbitraria. La tradición católica y la vivencia cristiana coinciden con esta perspectiva filosófica de la vida, captando además que ésta es un don de Dios y el más valioso que poseemos*”. Por su parte, el magistrado Vladimiro Naranjo, en su salvamento de voto en la sentencia C-239/97, sostuvo: “*no puedo aceptar la premisa de la cual parte la sentencia: la de que el individuo, por razón de su autonomía, es dueño absoluto de su propia existencia y puede, por tanto, decidir si continúa o no viviendo, es decir, disponer de ese sagrado valor, como si se tratara de cualquier bien, siéndole permitido incluso autorizar a otro para que lo mate*”. (Negrilla y cursiva fuera de texto).

⁶⁶ Universidad de Antioquia (19 de noviembre de 2019). Debates Bioéticos: Carlos Gaviria Díaz - La Eutanasia. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=7JYV6xGQhLw&list=PLZ4quF6wmhScdpIrd6HZNrXK2bOO91dCF>

únicamente al paciente terminal. En relación con la vida afirmó que en la Constitución no se establece ningún deber de vivir. Así mismo que nadie distinto de uno es dueño de su vida y que el derecho a la vida es inviolable, pero no el bien vida y que, tener derechos es tener elecciones. Sostuvo que lo ilegítimo es que se quite la vida contra la voluntad de su titular, pero es legítimo que el mismo titular decida dejar de vivir y, por eso, el suicidio no es un delito. Puso como ejemplo los derechos de locomoción y libertad de expresión, siendo tan legítimo ejercerlos como abstenerse de hacerlo.

En su intervención Gaviria Díaz explicó que: 1) la Constitución de 1991 además de fundarse en la dignidad humana, profesa respeto por la diversidad y la pluralidad. 2) El constituyente de entonces entendió que la unidad nacional no se construye con las coincidencias, sino a partir de las diferencias. 3) En una sociedad pluralista el debate debe realizarse en torno a argumentos de razón pública y no de razón privada y que las creencias religiosas, pertenecen a la razón privada. Así mismo que, las creencias vinculan a los creyentes, pero no a los no creyentes y que tan legítimo es creer como no hacerlo. Por lo tanto, ambas formas de pensamiento deben ser garantizadas y respetadas. Esta ideología quedó plasmada en la referida sentencia en la que se dijo que el Estado no puede exigir conductas heroicas a sus ciudadanos y menos si su fundamento es una creencia religiosa o una actitud moral que, en el marco de un Estado pluralista, solo se constituye en una entre varias opciones y que *“(n)ada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas”*. En consonancia, Rodolfo Arango señala que la principal necesidad de los colombianos *“es construir tejido social sobre una ética civil, esto es, laica y antimilitarista, que nos permita transformar una historia de oprobios, discriminación y negación en un futuro respetuoso del otro, solidario y sensible a la diferencia”* (2004, p. 156).

Por todos los argumentos expuestos, considero que contrario a la punición, a la luz de la Constitución de 1991, es posible que un juez, en un análisis de responsabilidad penal, declare la antijuridicidad de la conducta del médico que ocasiona la muerte o ayuda al suicidio a un paciente, no solo por encontrarse ante la satisfacción de un derecho fundamental (derecho fundamental a morir dignamente o dimensión negativa del derecho a la vida), también podría

hacerlo si constata que la conducta está amparada en la causal de justificación del numeral segundo, del artículo 32 del Código Penal (consentimiento del titular del bien jurídico), y quizá también en el numeral 7 de la misma norma (se obra por necesidad de proteger otro derecho). El suicidio no es una conducta punible y la ayuda de un tercero en este propósito, cuando hay un legítimo ejercicio de la autonomía y media el sufrimiento incompatible con la vida digna, debería carecer de antijuridicidad.

No se entiende por qué el desarrollo jurisprudencial en torno a la licitud de la eutanasia circunscribe el sufrimiento irremediable a una enfermedad en estado terminal. Este razonamiento desconoce una realidad no solo fáctica, sino también científica. Los actuales avances de la medicina han logrado que se prescindiera de funciones automáticas o de órganos y que estos sean reemplazados por biotecnología. Si bien estos desarrollos, en muchos casos, han llevado a que en la actualidad el médico pueda tener un manejo efectivo sobre la muerte, ello no puede desplazar el propio dominio que el paciente tiene sobre su vida. Además, de acuerdo con Gracia (1998, p. 278) la eutanasia puede considerarse un noble fin de la medicina, ya que los médicos no pueden conceder la inmortalidad, pueden ayudar a un buen morir, cuando se ha esfumado toda esperanza de recuperación.

Muchos pacientes con pronóstico de vida largo, padecen terribles sufrimientos, que no encuentran alivio en la medicina. Ejemplo: accidentes cerebrovasculares o estados avanzados de enfermedades neurodegenerativas (pacientes en cama, con traqueostomía, conectados a ventilación mecánica, con gastrostomía, rigidez muscular e intensos dolores neuropáticos). pacientes con cuadriplejia (inmóviles, dependientes para el ABC -actividades básicas cotidianas-, con ventilación mecánica, escaras de piel y vejiga neurogénica sometidos a hospitalizaciones recurrentes por infecciones; enfermedades autoinmunes como el lupus eritematoso sistémico (pacientes con ceguera por retinopatía, diálisis por nefropatía, amputaciones por vasculitis); estados avanzados de demencia (pacientes con postración en cama, anquilosamiento de extremidades, desnutrición, desconexión del medio, úlceras de piel), por citar algunos ejemplos. Todos estos enfrentan una excesiva medicalización domiciliar y algunos de ellos, desde sus hogares, invocan la garantía de su autonomía y se unen a la demanda social contemporánea por su respeto, mediante la ayuda a morir.

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos nunca aclaró las razones por las cuales considera que el paciente terminal presenta una condición diametralmente más gravosa que otros pacientes que, sin tener una expectativa de vida corta, se enfrentan a terribles sufrimientos, sin posibilidad de alivio más que con la muerte, de quienes al contrario de los pacientes con corto pronóstico de vida, se espera una vida por varios años, en medio de esas dolorosas condiciones, las cuales el mismo paciente considera indignas. Negar a estos pacientes la posibilidad de ayuda a morir a través de la penalización de la conducta médica, implica una violación de su autonomía y, por tanto, de su dignidad. En estos casos se debe realizar una adecuada ponderación entre la protección de la vida (principio vida) y la legítima pretensión de ayuda a morir (principio de autonomía), determinando en cada situación cuál medio es más idóneo, necesario y proporcionado para alcanzar el fin, el cual no puede ser otro que la garantía de la dignidad humana. Como sostiene Rodolfo Arango (2004, p. 246) *“(L)a Corte ha dicho que las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en un principio de razón suficiente aplicable, en especial a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo”*. Entonces, no puede desconocerse que en ocasiones la muerte es idónea y además necesaria para reestablecer la dignidad, fin suficientemente valioso que justifica el sacrificio del derecho o bien vida.

Por todo lo anterior, estoy de acuerdo con Ortega Díaz (2016, p. 27) cuando afirma que toda existencia que se desarrolle acorde con un proyecto autoconsciente, bajo una escala de creencias, valores y preferencias debe culminar en igual forma. Acelerar la muerte, en ciertos casos y condiciones, hace parte de ese proyecto vital que busca conservar incólume la dignidad. De otro lado, es igualmente legítimo afrontar la enfermedad y el sufrimiento con mecanismos como los cuidados paliativos y esperar a que la muerte llegue naturalmente. Esto va a depender de la propia medida de dignidad del titular del derecho a la vida. En consecuencia, es el respeto por la autonomía lo que garantiza una muerte digna.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte ha dejado por fuera supuestos de personas que requieren especial protección, propiciando una reducción injustificada en el entendimiento de la antijuridicidad de la ayuda a morir, tanto para operadores jurídicos, como para los

mismos profesionales de la salud. Las restricciones y barreras actuales no superan el test de proporcionalidad, e impiden la máxima concreción posible del principio de dignidad humana.

4.5 Conclusiones preliminares

1. A partir del presente análisis puede sostenerse que la sentencia C-239/97 no configuró un derecho fundamental autónomo a morir dignamente, como es usual afirmarlo. En ella, se declaró la exequibilidad de la norma que impone una menor sanción al homicidio por piedad, en relación con otros tipos penales de homicidio. Ello porque se afirmó que su menor sanción tiene amparo constitucional en el móvil de la conducta que es la piedad. No obstante, en esta sentencia la Corte realizó el análisis de un supuesto concreto y determinó como regla que, cuando un médico ocasiona la muerte a un paciente con una enfermedad en estado terminal por su solicitud, la conducta es antijurídica, en virtud del consentimiento. Esta regla encuentra amparo constitucional en la autonomía y en el sufrimiento, que ocasiona la enfermedad terminal, ambas confluyen en la garantía de la dignidad humana. En este sentido, no tiene justificación restringir la licitud del procedimiento eutanásico a su práctica en pacientes terminales, pues éstos no son los únicos que padecen intensos e irremediables sufrimientos. En segundo lugar, en esta sentencia se sostuvo que vivir dignamente implica morir en igual forma, es decir, es decir, morir es una dimensión del derecho a la vida.

2. A la luz del Estado constitucional vigente, podrían existir varias causales de justificación de la ayuda a morir, entre ellas: (1) la garantía de un derecho fundamental, (2) la disponibilidad de un bien jurídico, en virtud del principio constitucional de autonomía, (3) una legítima pretensión frente al Estado, derivada del sufrimiento que hace la vida indigna (4) evitar la lesión de otro derecho, con mayor peso abstracto en un caso concreto. De tal manera que, la satisfacción del derecho a morir dignamente, es una causal de antijuridicidad en la conducta que ocasiona la muerte a alguien, sin ser una causal exclusiva. En este sentido, un juez podría declarar la antijuridicidad de la conducta del médico que ocasiona la muerte o ayuda en el suicidio a un paciente, no solo por encontrarse ante la satisfacción de un derecho fundamental, también podría hacerlo si constata que la conducta está amparada en las causales de justificación de los numerales segundo y séptimo, del artículo 32 del Código

Penal. El problema está en que se ha entendido que la única razón de la práctica lícita de la eutanasia, es que se realice en un paciente terminal, para satisfacerle su derecho fundamental a morir dignamente.

3. El derecho fundamental a morir dignamente crea barreras injustificadas para el acceso a la ayuda a morir para un amplio sector de pacientes que sufren por causa de lesión corporal o enfermedad grave, incurable y degenerativa, e incluso para algunos en estado terminal. Lo anterior porque este derecho (1) desconoce la consagración previa y el contenido de otros derechos fundamentales como la vida y el libre desarrollo de la personalidad, (2) existe ambigüedad en la definición y el alcance del concepto de paciente terminal y, (3) hay confusiones terminológicas en la definición y el alcance del consentimiento sustituto y de los documentos de voluntades anticipadas. Estas restricciones y barreras actuales no superan un test de proporcionalidad, e impiden la máxima concreción posible del principio de dignidad humana.

4. Existe ambigüedad en la definición y el alcance del concepto de paciente terminal, esto se constituye en una barrera para acceder al procedimiento. La indeterminación del concepto tiene sus orígenes en la propia medicina y esta ambigüedad se refuerza con las definiciones normativas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo en el protocolo para la práctica de la eutanasia se establecen dos características en la definición de paciente terminal, la primera, el agotamiento de las alternativas terapéuticas curativas y, la segunda, el pronóstico de vida inferior a 6 meses. Mientras que la lectura de la Ley 733 de 2014 y de la Resolución 1216 de 2015 permite inferir que el paciente terminal es aquel que bien tiene un corto pronóstico vital o que no cuenta con alternativas terapéuticas. Este hecho es una barrera y se constituye en fuente de negación del procedimiento, dependiendo del punto de vista desde el cual se observe, tal como se ilustró en la línea jurisprudencial del capítulo tercero.

5. Hay confusiones terminológicas en la definición y el alcance del concepto de consentimiento sustituto, esto se constituye en una barrera para acceder al procedimiento. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el consentimiento para la eutanasia puede ser previo, formal, informal, verbal o escrito; además ha dicho que en caso de imposibilidad

para manifestar la voluntad, procede el consentimiento sustituto. Sin embargo, la Resolución 1216 de 2015, en su artículo 15, estableció que en el caso de incapacidad del paciente para manifestar su voluntad, dicha solicitud podría ser realizada por quién este legitimado para dar el consentimiento sustituto, siempre y cuando se acredite un DVA. Así la resolución confunde dos figuras distintas: el consentimiento previo, que es la manifestación original y anterior de voluntad del paciente a través de un documento o mediante un tercero, y el consentimiento sustituto que obra cuando se desconoce la voluntad del paciente y un tercero manifiesta su propia voluntad por el paciente. La norma anterior no solo se aparta de lo dispuesto en la sentencia T-970/14, además va en contrasentido del alcance dado por la Corte Constitucional a los DVA en la sentencia C-233/14. En ésta se afirmó que los DVA son una renuncia a tratamientos innecesarios, y que no implican una decisión sobre la terminación anticipada de la vida, de manera clara sostiene que ellos no son una autorización para la práctica de la eutanasia, por lo tanto, la Resolución 1216 de 2015 está viciada de nulidad por inconstitucional.

6. Los DVA son pragmáticamente irrelevantes. De conformidad con la Corte Constitucional estos documentos no pueden contener autorizaciones para terminar con la vida y su único propósito es la renuncia a tratamientos innecesarios. Además, según sostiene la Corte, ellos no implican una facultad para que el paciente determine cuáles tratamientos son o no necesarios, porque esta es una atribución que únicamente los profesionales de la medicina pueden ejercer a partir de criterios técnico-científicos y de principios bioéticos. Es el médico quien establece cuáles son las alternativas terapéuticas viables para el paciente, sus beneficios y riesgos. Éste no puede ofrecer tratamientos innecesarios, es un deber ético y legal, de lo contrario incurriría en encarnizamiento terapéutico, que está proscrito en el ejercicio de la medicina.

7. La vida es una libertad jurídicamente reforzada como un derecho. Esto implica que su ejercicio es facultativo para su titular. Por ello ni la vida, ni ningún derecho, es absoluto. Es la autonomía la que le permite al titular, de conformidad con su proyecto vital y su escala de valores, creencias y preferencias, decidir hasta cuando ejercer la dimensión positiva del derecho y cuando optar por la negativa. La vida que protege el Estado es la querida y deseada

por su titular, es decir, el deber del Estado radica en garantizar la dimensión positiva del derecho. La decisión de dejar de vivir involucra el ejercicio de dos derechos fundamentales: la vida en su dimensión negativa y el libre desarrollo de la personalidad (autonomía) en su faceta positiva. Sin embargo, la configuración del derecho fundamental a morir dignamente, como un derecho independiente de la vida y la autonomía, restringe el alcance de estos derechos previamente reconocidos.

8. Cuando existe sufrimiento irremediable ocasionado por una enfermedad, incompatible con la propia idea de dignidad de la persona, emerge para ella una situación jurídica, esto es: *la legítima pretensión de ayuda a morir* frente al Estado. En este escenario, cuando un tercero ayuda a otro a disponer de su vida, se constituye en un instrumento de la voluntad de aquel para satisfacer su pretensión, por lo cual la conducta no podría ser antijurídica. Por el contrario, la negación de la ayuda a morir condena a la persona a vivir en condiciones que ella misma juzga indignas; con lo que se desconoce su condición de sujeto autónomo y moral, su dignidad humana. En ocasiones la muerte es el único medio para el restablecimiento de la dignidad, es idónea y necesaria para alcanzar este fin, por lo cual superaría el test de proporcionalidad en esta colisión de principios.

9. Es necesaria una legislación sobre la ayuda a morir que reconozca la autonomía para ejercer los derechos, entre ellos la vida. Así mismo, que ampare la legítima pretensión de ayuda a morir que en virtud del sufrimiento tienen las personas que padecen intensos e irremediables sufrimientos, por causa de lesión o enfermedad grave, irreversible e incurable. Además, que tenga en cuenta que la medicina actual se funda en el modelo autonomista que reconoce al paciente como un ser digno y que, en este sentido, la eutanasia puede considerarse uno de sus nobles fines, pues ya que los médicos no pueden conceder la inmortalidad, si pueden aliviar el sufrimiento y ayudar a un buen morir, cuando se ha esfumado toda esperanza de recuperación. Así mismo que, destaqué la perfecta armonía que en la actualidad existe entre los deberes profesionales desde la ética médica y los postulados constitucionales. Las claridades en este tema son necesarias, pues los profesionales de la salud en muchas ocasiones experimentan profundas aflicciones y confusiones que se convierten en barreras para los pacientes. Esto por no tener claridad sobre cuándo se encuentran frente a un deber

médico, la satisfacción de un derecho fundamental o la posibilidad de incurrir en un delito. El papel activo del legislador luego de 24 años de haber sido exhortado por la Corte a legislar sobre la materia, es inaplazable, en particular por el reclamo social que este tema representa en la actualidad; sin embargo, la academia y los tribunales de ética profesional también tienen un papel protagónico en la comprensión y divulgación de estas premisas.

10. La libre disposición de la vida no debe ser penalizada en los Estados constitucionales que poseen una dimensión ético sustantiva, con base en la cual se consagran derechos fundamentales y que son instituidos sobre el reconocimiento de la autonomía. El derecho a la vida es una facultad de su titular, éste y nadie por él, puede decidir hasta cuándo desea ejercerla o, en otras palabras, nadie puede imponerle hacer uso de la dimensión positiva o negativa de su derecho. Por esta razón, ejercer la facultad en el sentido negativo: dejar de vivir, no podría dar lugar a un reproche jurídico.

5. CONCLUSIONES FINALES

En la actualidad el término eutanasia no solo es polisémico y ambiguo, sino que suscita diversos debates morales, éticos y jurídicos. En este contexto, es necesario apartar la expresión de su raíz etimológica, sus usos tradicionales y desistir de la equivocada asimilación que suele hacerse entre ésta y los actos médicos de limitación terapéutica y tratamiento paliativo y otorgarle a la expresión una definición unívoca. Así, la definición propuesta en este trabajo es: *el acto médico de ocasionar la muerte al paciente que lo solicita, en virtud del sufrimiento que le ocasiona una lesión corporal o enfermedad grave, degenerativa e incurable que hace su vida indigna*. Una vez clarificados los elementos que el término contiene, es posible delimitar los puntos del debate jurídico para analizar la licitud o no, de la ayuda a morir a la luz de la Constitución vigente.

Este análisis debe considerar no solo las garantías constitucionales, sino también debe tener en cuenta la existencia de una actual demanda social por la licitud de la ayuda a morir. Este reclamo social se origina, por un lado, en los avances científicos y la excesiva medicalización que va expropiando al individuo de su cuerpo, hasta llegar a despojarlo de la posibilidad de vivir en condiciones que él mismo considera dignas. Por otro lado, tiene raíces en el proceso histórico de reconocimiento de la dignidad humana y la autonomía de la persona. Bajo este escenario, el análisis jurídico debe basarse en determinar si el ejercicio de la autonomía es una razón constitucionalmente válida para justificar la ayuda a morir que ofrece un médico, bien sea mediante la eutanasia o la ayuda al suicidio.

Desde esta perspectiva, la ayuda a morir encuentra fundamento en los principios bioéticos y fines de la medicina y, principalmente, en los postulados constitucionales de la autonomía y la dignidad humana. Esto porque en Colombia la Constitución de 1991 instituyó el principio de dignidad humana como fundante del Estado, lo que implica reconocer a la persona como un ser racional y capaz de autodeterminarse. A través de la teoría de la norma jurídica, se demuestra como la autonomía y la vida son libertades jurídicamente reforzadas. Esta característica de facultad jurídicamente reforzada como bien y derecho de la vida no puede constituirse en una obligación. Las facultades son, ontológicamente, ausencia de obligación,

es decir, pueden ejercerse o no, por ello, la vida ni ningún derecho, es absoluto. La vida es un derecho disponible.

Esta facultad, permite a la persona, en ejercicio de la autonomía, ponderar sus intereses en juego de acuerdo con su escala de valores, creencias y preferencias y optar por ejercerla desde su dimensión positiva: vivir, o desde su dimensión negativa: dejar de vivir. Además, cuando extinguir el sufrimiento intolerable, incompatible con la propia idea de dignidad humana, respalda la decisión de dejar de vivir, surge una situación jurídica de pretensión para el individuo frente al Estado, esto es, la licitud de la ayuda para morir. En síntesis, el ejercicio de la autonomía es una razón que justifica la libre disposición del bien jurídico vida y su ejercicio mediado por el sufrimiento, justifica la licitud de la ayuda para morir.

En este escenario, cuando un tercero ayuda a otro a disponer de su vida, se constituye en un instrumento de la voluntad de aquel para satisfacer su pretensión, por lo cual la conducta no podría ser antijurídica. Prohibir o sancionar la libre disposición de la vida, que es un asunto del fuero interno de la persona, constituye una intromisión en una libertad que no afecta bienes de terceros. Por el contrario, la negación de la ayuda a morir condena a la persona a vivir en condiciones que ella misma juzga indignas; con lo que se desconoce su condición de sujeto autónomo y moral, su dignidad humana. En ocasiones la muerte es el único medio para el restablecimiento de la dignidad, es idónea y necesaria para alcanzar este fin, por lo cual, en esta colisión de principios entre vida y autonomía, la última superaría un test de proporcionalidad. Además, no puede perderse de vista que la vida que protege el Estado es la querida y deseada por su titular, por fuera de ello no tiene sentido el amparo constitucional.

Sumado a lo anterior, el artículo 32 del Código Penal señala que hay ausencia de responsabilidad cuando se lesiona un bien jurídico pero se actúa con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del mismo, si este es disponible. Es decir que esta norma consagra una regla de respeto por la autonomía del titular del bien jurídico vida. Esto significa que en el ordenamiento jurídico colombiano la ayuda médica a morir por solicitud del paciente que sufre, no solo encuentra legitimación en los postulados constitucionales de dignidad y autonomía, sino que, existe una causal expresa de exclusión de responsabilidad

penal aplicable en el análisis de la conducta de quien brinde tal ayuda.

En torno a la licitud de la eutanasia, la Corte Constitucional a partir de su jurisprudencia desde el año 1997 hasta el 2020, ha instituido un derecho fundamental autónomo e independiente a morir dignamente. Este derecho tiene dos dimensiones con diferentes titulares. La primera es el cuidado paliativo para pacientes en estado terminal o con enfermedad crónica, degenerativa e irreversible, en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida. La segunda dimensión del derecho a morir dignamente es el acceso lícito a la eutanasia para pacientes en Estado terminal que padezcan terribles sufrimientos. De este derecho pueden ser titulares los adultos y niños mayores de 7 años, según su nivel de desarrollo cognitivo y madurez. Para que la conducta sea lícita debe ser (i) realizada por un médico, a un paciente (i) en estado terminal que padezca sufrimientos irremediables y (iii) que medie el consentimiento. Este consentimiento puede ser previo, posterior, formal o informal y sustituto. El consentimiento sustituto no está condicionado por la Corte a la presentación de un documento de voluntad anticipada. Sin embargo, en desarrollo de estas reglas el Ministerio de Salud ha agregado como requisito para la práctica del procedimiento la presentación de DVA cuando el paciente no pueda manifestar su voluntad. En torno a los DVA, entre otras cosas, se advierte que a la luz de las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional estos son pragmáticamente inocuos, pues son concebidos como la posibilidad de renunciar a tratamientos innecesarios, lo cual es un sinsentido pues, se presumen que el médico actúa de buena fe y que no ofrece tratamiento innecesarios a sus pacientes, sino que, por el contrario, cada opción que le brinde reporta algún nivel de beneficio para él.

La decisión de dejar de vivir involucra el ejercicio de dos derechos fundamentales: (i) la vida en su dimensión negativa y (ii) el libre desarrollo de la personalidad (autonomía) en su faceta positiva. Sin embargo, la configuración del derecho fundamental a morir dignamente, como un derecho independiente de la vida y la autonomía, restringe el alcance de estos derechos previamente reconocidos. Además, este derecho crea barreras injustificadas para el acceso a la ayuda a morir para un amplio sector de pacientes que sufren por causa de lesión corporal o enfermedad grave, incurable y degenerativa, e incluso para algunos en estado terminal.

Lo anterior porque este derecho (1) desconoce la consagración previa y el contenido de otros derechos fundamentales como la vida y el libre desarrollo de la personalidad, (2) existe ambigüedad en la definición y el alcance del concepto de paciente terminal y, (3) hay confusiones terminológicas en la definición y el alcance del consentimiento sustituto y de los documentos de voluntades anticipadas, pues la Resolución 1216 de 2015 en contravía con las sentencias T-970/14 y C-233/14 exige la existencia de una DVA, para que el paciente que no puede expresar su voluntad sea titular del derecho a la ayuda a morir. Esta situación vicia de nulidad la citada resolución. Estas restricciones y barreras actuales no superan un test de proporcionalidad, e impiden la máxima concreción posible del principio de dignidad humana.

A la luz del Estado constitucional vigente, podrían existir varias causales de justificación de la ayuda a morir, entre ellas: (1) la garantía de un derecho fundamental, (2) la disponibilidad de un bien jurídico, en virtud del principio constitucional de autonomía, (3) una legítima pretensión frente al Estado, derivada del sufrimiento que hace la vida indigna (4) evitar la lesión de otro derecho, con mayor peso abstracto en un caso concreto. De tal manera que, la satisfacción del derecho a morir dignamente, es una causal de antijuridicidad en la conducta que ocasiona la muerte a alguien, sin ser una causal exclusiva.

La libre disposición de la vida no debe ser penalizada en los Estados constitucionales que poseen una dimensión ético sustantiva, con base en la cual se consagran derechos fundamentales y que son instituidos sobre el reconocimiento de la autonomía. Es necesaria una legislación sobre la ayuda a morir que reconozca la autonomía para ejercer los derechos, entre ellos la vida. Así mismo, que ampare la legítima pretensión de ayuda a morir que en virtud del sufrimiento tienen las personas que tiene intensos e irremediables padecimientos, por causa de lesión o enfermedad grave, irreversible e incurable. Además, que tenga en cuenta que la medicina actual se funda en el modelo autonomista que reconoce al paciente como un ser digno y que, en este sentido, la eutanasia puede considerarse uno de sus nobles fines, pues ya que los médicos no pueden conceder la inmortalidad, si pueden aliviar el sufrimiento y ayudar a un buen morir, cuando se ha esfumado toda esperanza de recuperación. Así mismo que, destaqué la perfecta armonía que en la actualidad existe entre

los deberes profesionales desde la ética médica y los postulados constitucionales.

Las claridades en este tema son necesarias, pues los profesionales de la salud en muchas ocasiones experimentan profundas aflicciones y confusiones que se convierten en barreras para los pacientes. Esto por no tener claridad sobre cuándo se encuentran frente a un deber médico, la satisfacción de un derecho fundamental o la posibilidad de incurrir en un delito. El papel activo del legislador luego de 24 años de haber sido exhortado por la Corte a legislar sobre la materia, es inaplazable, en particular por el reclamo social que este tema representa en la actualidad; sin embargo, la academia y los tribunales de ética profesional tienen un papel protagónico en la comprensión y divulgación de estas premisas.

Lista de referencias

- Alexy, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios *traducido* [Traducido al Español por Carlos Bernal Pulido]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (1986- 1987). Una clasificación de los Derecho Humanos. Anuarios de Derechos Humanos, núm. 4, p.p. 29 – 43.
- Arango, R. (2004). Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2005). El concepto de derechos sociales fundamentales (1 ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- Arriola, E. (s.f). El paciente con demencia en fase terminal. Cuidado personal y apoyo a la familia. En: <https://paliativossinfronteras.org/wp-content/uploads/PALIACION-DEMENCIA-ARRIOLA-2.pdf>
- Belloc Rocasalbas, M. & Girbes, A.R.J (2011). Toma de decisiones al final de la vida, el modo neerlandés a través de ojos españoles. *Servicio de Medicina Intensiva, VU University Medical Center, Ámsterdam, Países Bajos*. Revista Medicina Intensiva. V. 35, paginas 102—106. En: www.elsevier.es/medintensiva.
- Bernal Cuellar, J y Montealegre Lynett, E. (2013). El proceso penal. Fundamentals constitucionales y teoría general. Tomo I. 6ta Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bernal Pulido, C. (2005). El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Boladeras, M. (2007). Vida, vida humana, vida digna. Anales de metafísica. Vol. 40. 91-116. Recuperado de: <http://www.bioeticanet.info/boladeras/VidaVHVDLogos.pdf>
- Botero Uribe, D. (2002). El derecho a la utopia. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Caamaño, J.M. (2012). Breve historia de la eutanasia. Aproximación al concepto. Revista Moralia. Vol. 35, N°. 134-135, 2012, págs. 179-211. ISSN 0210-0851. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3988969>.

- Carbonell Mateu, J.C. (s.f). Suicidio y Eutanasia. Pag 3. En línea:
<https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/04/suicidio-y-eutanasia.pdf>
- Ciccone, L. (1997). La Ética y el Término de la Vida Humana (Vol. 3ª Ed.). (A. P. Lorente, Ed.) Madrid: Ediciones Rialp.
- Correa Casavona, M. (2006). La eutanasia y el debate moral de la iglesia en el debate público. Veritas, Vol. I, nº 15 pag 245 – 267. Disponible en:
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20210108_05.pdf
- Courtis, C. (2009). Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta.
- Díez Ripollés, J. L. (1996). El Tratamiento Jurídico de la Eutanasia: Una perspectiva comparada (Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Farfán Molina, F. (2008). Eutanasia, derechos fundamentales y ley penal. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá
- Ferreres Comella, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. Revista Derecho del Estado, Nº 46, mayo-agosto de 2020, pp. 161-188, Universidad Externado de Colombia.
- Gascón-Abellan, M. (2005). ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?. Revista Humanitas, humanidades médicas, ISSN-e 1696-0327, Vol. 1, Nº. 1, 2003. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6663932>.
- Gracia, D (1998). Historia de la Eutanasia. En Ética de los Confines de la Vida. Editorial el Búho. Bogotá, Colombia.
- Guastini, R. (2016). La Sintaxis del Derecho. Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Juanatey, C. (2004). El derecho y la muerte voluntaria. México: Distribuciones Fontamara.
- Juan Pablo II (1995). Carta Enciclica *Evangelium Vitae*. Sobre el valor y el carácter inviolable de la Vida. Iglesia Católica. Disponible en:
http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-

ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html#%2424

- Londoño Ulloa, J.E (2003). Tres sentencias diversa de la Corte Constitucional Colombiana y un solo fin verdadero. *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos Ecnómicos y Sociales*. ISSN-e 1695-6311, N° 1, p.p 1-15. Disponible en: <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/697>
- López Medina, D (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Luque, P. (2014). *De la constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Machado Rodríguez, C. (2012). El consentimiento en materia penal. *Derecho Penal y Criminología*. 33, 95 (dic. 2012), 29-49.
- Mendoza Del Solar, G. (2008). El concepto de futilidad en la práctica médica, *Revista Sociedad Peruana de Medicina Interna* 2008; vol 21.
- Nino, C.S (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma
- Novoa, C (2012). ¿Es ética la eutanasia?. *Razón Publica*. Para saber de verdad lo que pasa en Colombia. Medio digital de opinión. Disponible en: <https://razonpublica.com/ies-etica-la-eutanasia/>.
- Ortega Díaz, A. (2016). *Eutanasia de delito a derecho humano fundamental*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Problemas de la eutanasia - La eutanasia desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos*. Puno: Zela.
- Rengifo Varona, W.F (2019). *La disponibilidad del derecho a la vida*. (Tesis de maestría). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. Recuperado de: https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/2211/1/GUAAA-spa-2019-La_disponibilidad_del_derecho_a_la_vida.
- Rivera, E (2011). Aspectos éticos de la eutanasia. En Moreso, J.J & Ferrer, J (Coord.) (2011). *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos sobre bioética* (pp. 47 - 81). Madrid: Marcial Pons.

- Rodota, S. (2010). La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Trotta.
- Swetz, K (2014), Ten Common Questions (and Their Answers) on Medical Futility. Mayo Clinic Proceedings. En: <https://www.mayoclinicproceedings.org/action/showPdf?pii=S0025-6196%2814%2900163-3>
- Stuart Mill, J. (2013). De la libertad. (Q. Crema, Ed., & E. G. Bera, Trad.) Barcelona: Acantilado.
- Taboada, P (2008). El respeto por la persona y su dignidad como fundamento de la bioética. (tesis de doctorado). Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/respeto-persona-dignidad-fundamentobioetica.pdf>, 30 de febrero de 202.
- Valadés, D (2010). Eutanasia. Regimen jurídico de la autonomía vital. En Carpizo, J & Valadés, D. Derechos humanos, aborto eutanasia (pp. 87 - 88). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Von Engelhardt, D (2002). La Eutanasia entre el acortamiento de La Vida Y El Apoyo A Morir: Experiencias Del Pasado, Retos Del Presente. Acta Bioética 2002; año VIII, n° 1.
- Corte Constitucional, C. (1994). C 221/94. Exp. D-429. MP. Carlos Gaviria Díaz. 05 de mayo de 1994. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (1997). Sentencia C-239/97. MP. Carlos Gaviria Díaz. 20 de mayo de 1997. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2002). Sentencia T881/02. Exp. T-542060 y T-602073. MP. Eduardo Montealegre Lynett. 17 de octubre de 2002. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2014). Sentencia C-233/14. Exp. OG-145, MP. Alberto Ríos Rojas. 09 de abril de 2014. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2014). Sentencia T-970/14. Exp. T-4.067.849, MP. Ernesto Vargas Silva. 05 de diciembre de 2014. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-322/17. Exp. T-6.061.53. MP. Aquiles Arrieta Gómez. 12 de mayo de 2017. Bogotá – Colombia.

- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-423/17. Exp. T-6.061.53. MP: Antonio José Lizarazo Ocampo. 04 de julio de 2017. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-544/17. Exp. T-6.084.435. MP: Gloria Estella Ortíz Delgado. 25 de agosto de 2017. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2017). Sentencia T-721/17. Exp. T-6.026.987. MP: Antonio Iván Humberto Escrucería Mayolo. 12 de diciembre de 2017. Bogotá – Colombia.
- Corte Constitucional (2020). Sentencia T-060/20. Exp. T-7.563.419. MP. Alberto Rojas Ríos. 18 de febrero de 2020. Bogotá – Colombia.
- Universidad de Antioquia (19 de noviembre de 2019). Debates Bioéticos: Carlos Gaviria Díaz - La Eutanasia. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=7JYV6xGQhLw&list=PLZ4quF6wmhScdpIrd6HZNrXK2bOO91dCf>.
- Novoa, C & Gaviria, C (2012). Debate sobre la eutanasia. Programa periodístico “Dos puntos: con Rodrigo Pardo”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=FPBa5yStERs>.
- González, J. (15 de julio de 2015). “Mi papá quería buscar la muerte con la frente en alto”. *El Tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16045995>.
- Los 7 países del mundo donde la eutanasia es legal (y cuál es la situación en América Latina). (18 de marzo de 2021). *BBC News*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56423589>.