

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA QUE POSTULA LA DESPENALIZACION DE LA EUTANASIA

Prof. Dña. Ángela Vivanco Martínez  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Universidad Adolfo Ibáñez

SUMARIO: [I.- CONSIDERACIONES PREVIAS; II.- "SÓLO EL TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA PUEDE DECIDIR HASTA CUÁNDO ES ELLA DESEABLE Y COMPATIBLE CON LA DIGNIDAD HUMANA"; 1.- Respecto de la disponibilidad de la vida; 2.- Respecto de la deseabilidad de la vida; 3.- Respecto de la dignidad de la vida y a la calidad de vida; III.- "EL ESTADO NO PUEDE Oponerse a la decisión de un individuo que no desea seguir viviendo y que solicita que le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad"; 1.- El Estado como un observador del proceso vida – muerte; 2.- El concepto de enfermedad terminal; 3.- El problema del dolor como fuente de indignidad de la persona humana; IV.-"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". "EL CASO DE LOS ENFERMOS TERMINALES EN QUE CONCURRA LA VOLUNTAD LIBRE DEL SUJETO PASIVO DEL ACTO, NO PODRÁ DERIVARSE RESPONSABILIDAD PARA EL MÉDICO AUTOR, PUES LA CONDUCTA ESTÁ JUSTIFICADA"; - SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA QUE POSTULA LA DESPENALIZACION DE LA EUTANASIA.](#)

## **I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.**

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia<sup>1</sup> que, en 1997, postuló la despenalización de ciertos tipos de eutanasia, si bien no ha encontrado hasta la fecha, en dicho país, una respuesta legislativa concreta, resulta sin embargo de alto interés, por varias causas: Primero, porque entre la sentencia de mayoría y los respectivos votos de minoría o aclaraciones posteriores de los magistrados participantes, se puede obtener una visión bastante rica de la confusión actualmente reinante acerca del concepto mismo de eutanasia y de otros temas vinculados con ella; segundo, porque su trasfondo, mucho más allá de la exequibilidad<sup>2</sup> misma

---

<sup>1</sup> El presente estudio es parte del Proyecto de Investigación DIPUC 1998, de la Dirección de Investigación de la P. Universidad Católica de Chile, sobre "Derecho a una muerte digna y concepto de bien morir", del cual la autora es partícipe.

<sup>2</sup> Este término proviene de la palabra *exequible*, la cual significa "que se puede hacer, conseguir o llevar a efecto" de acuerdo al *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* en su vigésima primera

del artículo 326 de su Código Penal, aborda el problema del consentimiento de la víctima como causal de exculpación o aún de justificación de los delitos contra la vida; y tercero, porque a su respecto, puede volverse en torno a la ya vasta discusión constitucional acerca de si el derecho a la vida incluye una exigencia válida entorno a una determinada calidad de vida, así como si tal cosa pudiera significar un derecho correlativo a decidir el momento y forma de la propia muerte.

Sin duda, la acción que motivó esta resolución de la Corte buscaba pronunciamientos en distinto sentido, ya que no se planteó nunca como una forma de obtener una declaración acerca de la justificación o exculpación del autor de ciertos tipos de eutanasia, sino por el contrario, como una herramienta destinada – sobre la base de realzar la importancia del derecho a la vida – a que se juzgara inconstitucional una norma que sancionaba con menos pena a aquel homicidio cometido por razones piadosas, ya que – a juicio del requirente – toda privación de la vida de un ser humano por otro debe de ser castigada con idéntica severidad.

En efecto, como fundamento de su petición, éste argumenta que la norma acusada (artículo 136 del Código Penal Colombiano, el cual dispone “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”) significa dejar a la vida de una persona al mero arbitrio de lo que otra disponga sobre ella y, además, crear de manera injusta categorías discriminatorias acerca de los ciudadanos, ya que aquéllos que adolezcan de lesiones o enfermedad grave o incurable, tendrán menos derecho a la protección de su vida por parte del sistema jurídico, lo cual se vería reflejado en que darles muerte sería objeto de menor sanción que el homicidio común.

El estudio que tales aseveraciones debieron provocar, sin embargo, no se produjo, ya que el fallo de mayoría desechó las pretensiones de declaración de inconstitucionalidad de una manera muy sucinta – considerando, sobre todo, que no existía ninguna infracción a la Constitución al sancionar distintos atentados contra un mismo bien jurídico de maneras distintas, según la gravedad que éstos representaran – y abordando más detalladamente los otros aspectos que al principio hemos mencionado.

Sin embargo, al abordar el argumento que el Derecho Penal Colombiano considera como criterio básico para la imposición de la pena *al grado de culpabilidad* con que el acto se cometa, se vincula tal culpabilidad con el consentimiento informado del paciente, llegando a las siguientes premisas, que de alguna manera podemos entender que resumen la postura tomada en el voto de mayoría del caso:

---

edición. Debe ser considerada, entonces, como un sinónimo de “aplicabilidad”, término que sería más propio de usar en el ámbito jurídico chileno.

1.- "Sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo ella es *deseable* y compatible con la dignidad humana".

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

3.- "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".

4.- "El caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

La secuencia se produce de esta manera: decisión libre e informada del paciente haciendo ejercicio de su derecho a decidir sobre su muerte – imposibilidad del Estado de oponerse a ella, si es causada por una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables – conducta eutanásica del médico liberada de responsabilidad penal, ya que al actuar a petición del paciente, ésta carece de antijuridicidad.

Analicemos, entonces, cada una de estas premisas.

## **II.- "SÓLO EL TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA PUEDE DECIDIR HASTA CUÁNDO ES ELLA DESEABLE Y COMPATIBLE CON LA DIGNIDAD HUMANA".**

Esta primera premisa parte, a su vez, de otras tres premisas: primero, que la vida es un derecho que implica disponibilidad para su titular, es decir, sobre el cual se tiene dominio; segundo, que una de las razones por las cuales se puede disponer de la vida es precisamente su grado de deseabilidad y tercero, que la dignidad de la vida es una materia subjetiva, cuya apreciación corresponde personalmente al sujeto.

### ***1.- Respecto de la disponibilidad de la vida.***

En la actualidad se vive, en muchos países del mundo, una tendencia ya sea a la creación de nuevos derechos constitucionales, o a la reinterpretación de otros ya garantizados por muchas Cartas Fundamentales, como es el caso del derecho a la vida. Esa situación ha motivado un cambio de perspectiva entre lo que se había considerado durante muchos siglos un modelo de sacralidad de la vida, a uno en el cual la vida ha pasado a propietarizarse y a convertirse en una

prerrogativa jurídica del individuo en los mismos términos de ejercicio que su derecho de propiedad sobre cosas, el cual sin duda incluye la posibilidad de gravarlas o aún destruirlas.

De esta forma, la garantía constitucional respecto de la vida, como principio protegido en la medida que se confunde con la existencia misma del individuo y que emana de una intrínseca dignidad de la criatura humana, empieza a ceder o a declinar ante un presunto derecho de superior entidad, que sería la libertad humana o la llamada *autonomía individual*. De esta forma, la persona - dotada de una vida como si fuera su patrimonio - tiene implícita la facultad de decidir libremente cuánto quiere mantenerla y en qué condiciones le parece que vale o no la pena ejercer este derecho, lo que implica la posibilidad de su renuncia o derechamente de la destrucción del individuo por sí mismo. Lo curioso es que de ello deriva que la decisión libre se traduce en el término definitivo del ejercicio de todo otro derecho, ya que se confunde con la cesación de la calidad de sujeto de tal respecto de la persona que opta por su propia muerte.

En el razonamiento antedicho se descubren ciertas consideraciones sobre el ser humano en sí que conviene destacar:

Siendo efectivo que la dignidad del hombre es precisamente el fundamento del respeto que ha de tenerse por su vida y también por el momento de su muerte, esa misma dignidad es la que se esgrime para hacer de la vida humana un objeto patrimonial o un elemento sobre el cual el mismo individuo o los otros tengan disponibilidad, ya que se identifica a la dignidad humana con la capacidad de autonomía individual.

Se presume que el derecho a la vida implica necesariamente un derecho a decidir sobre la muerte, es decir, que el derecho implica - como sucede en el caso del dominio - tanto la posibilidad de no ejercerlo, como incluso la de traspasarlo a otro - pedir a un tercero que le dé muerte - o de directamente destruir la cosa sobre la cual recae y, por ende, al derecho, con la salvedad de que la vida no recae en una cosa sino en un sujeto, lo que desnaturaliza absolutamente su tratamiento.

La razón que justifica la disponibilidad se basa en lo que se ha venido a llamar *calidad de vida*, un término altamente subjetivo, que alude no sólo al vivir dignamente, sino también al hacerlo en un estado de bienestar y satisfacción.

Esta propuesta, que enfatiza la idea de *calidad de vida*, sobre el valor de la vida misma, sin duda deja de lado el hecho innegable que la cultura de la que somos partícipes ha considerado, no sólo por razones teológicas sino filosóficas, que la aceptación del dolor - la cual no excluye, evidentemente, toda lucha contra el mismo - es una necesidad ineludible que abre un horizonte nuevo y que incentiva el valor humano, su reflexión acerca de cuestiones fundamentales sobre

el destino del hombre, su relación con Dios y el prójimo y sin duda la elevación del espíritu por sobre la materia<sup>3</sup>.

Por la misma razón explicada, se asimila en esta postura - tratándose de situaciones conceptual y éticamente distintas - la situación de dolor inevitable mientras llega la muerte a la prolongación del sufrimiento del paciente por la vía de ensayar en él métodos científicos o tratamientos sin futuro, que no hacen otra cosa que volver innecesariamente largo y amargo su tránsito hacia la muerte, lo cual ha recibido el nombre de *ensañamiento terapéutico* y se identifica con el uso de métodos extraordinarios para mantener con vida al enfermo, los que moralmente no se tiene porqué mantener<sup>4</sup>.

Este concepto de un presunto derecho a morir, que sería el otro lado de la moneda del derecho a la vida, oficialmente sólo se refiere al momento en que la situación vital resulte insoportable debido al dolor o al padecimiento, pero sin duda supone - como lo veremos sobretodo reafirmado en el punto siguiente - un derecho a suicidarse y no sólo éste, sino también un derecho a tener éxito en el intento, y esto, en la práctica, significa *el derecho a la asistencia letal de otros*<sup>5</sup>

## **2.- Respetto de la deseabilidad de la vida.**

Esta segunda premisa, implícita en la primera del fallo, probablemente da cuenta de la verdadera argumentación que se esconde tras de él, ya que si bien se alude al dolor y al sufrimiento como causales que autorizan al hombre a disponer de su vida, sin embargo sostiene que el titular del derecho a la vida decide "hasta cuándo ella es deseable", lo que no parece identificarse exactamente con las situaciones de excepción ya mencionadas, sino con una opinión del sujeto acerca de lo placentera, grata o incluso útil que resulta la vida.

Sin embargo, es muy probable que una interpretación jurídica, cualquiera que ésta sea, no pueda hacer depender la mantención de la vida, por parte de su titular, de la felicidad que éste sienta, sino que más bien ha de centrar la disposición de ésta en la infelicidad que no puede evitarse<sup>6</sup>, ya que si existe una especie de deber del sistema respecto de suprimirla o al menos

---

<sup>3</sup> DOMINGO M. BASSO: *Nacer y Morir con dignidad bioética*, 3ª. Edición ampliada (Buenos Aires, Depalma, 1993) pp. 416 - 417.

<sup>4</sup> "Métodos extraordinarios de cuidado de salud son todos aquellos métodos diagnósticos y terapéuticos que, en determinadas circunstancias, un individuo en su actual condición física, moral y espiritual puede no emplear por no darle una esperanza cierta de un beneficio proporcionado a la eventual carga": PABLO AGUILERA: *En la frontera Vida/Muerte. Problemas bioéticos* (Santiago, Editorial Universitaria, 1992) p. 117.

<sup>5</sup> "Derecho a resultar muerto o a ser muerto, por cualquier medio": LEON R. KASS, "¿Hay un derecho a morir?" en FLORENCIA LUNA y ARLEEN L.F. SALLES, *Bioética* (Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998) p. 260.

<sup>6</sup> "... la felicidad no puede ser universalizada... Empero la infelicidad se puede universalizar; con mayor precisión: el afán de cada ser humano de ahorrarse la infelicidad... La justicia del bien común debe

reducirla a un grado máximo, si ello no es posible por causas intrínsecas o extrínsecas al hombre, pareciera ser que en ese momento la renuncia de la solución sistémica consistiría en la valoración y legitimación del acto de disposición de su vida. De esta forma, el utilitarismo negativo sería un claro aval de disposición de la vida por su titular, por *falta de servicio* del Estado.

En consecuencia, la indeseabilidad de la vida como suficiente motivo de valoración de la destrucción de ésta, representa, sinó un derecho constitucional a ser feliz, al menos la constitucionalización del derecho a poner fin a una infelicidad que no puede ser suprimida o aminorada por otros medios.

Al partir del supuesto que una vida indeseable es una vida disponible para su titular, a través del suicidio, resulta harto difícil sostener, sin embargo, que no sería igualmente válida de aplicar la eutanasia en el mismo caso. En efecto, el sentido humanitario o piadoso de la eutanasia no tendría ninguna razón para limitarse arbitrariamente al dolor o padecimiento físico, más aún si se identifica con la voluntad del paciente - es decir, si se vuelve una herramienta a pedido -, ya que éste perfectamente podría entender como indeseable una vida solitaria, una vejez muy avanzada, la sujeción a tratamientos médicos engorrosos que no son exclusividad de los pacientes terminales. Es más, podría entenderse incluso como discriminatorio no permitir a alguien solicitar su muerte, cuando ésta está ya justificada en sí misma, porque significaría trasladar el reproche jurídico a solicitar a un tercero lo que para uno mismo es lícito hacer.

En este punto conviene aclarar, finalmente, que la creciente y casi unánime despenalización del suicidio en los ordenamientos jurídicos occidentales, no debe ser entendida en ninguna forma como una demostración de licitud ni ética ni jurídica de éste – al contrario de quienes sustentan la teoría de la indeseabilidad de la vida como una muestra de su validación -, sino como la adopción de una justificada política criminal, en orden a no agregar a la angustia del suicida que ha fallado su intento, el peso de una sanción penal, la cual sin duda podría motivar en mayor medida que pudiera intentar quitarse la vida nuevamente. En síntesis, la despenalización del suicidio es, precisamente, una muestra de la opción que hace el Derecho a favor de la vida humana y de allí que sea muy común atender psicológicamente al suicida fallido, pero castigar a quien ha instigado o auxiliado a otro en la comisión de un suicidio consumado.

### **3.- Respetto de la dignidad de la vida y a la calidad de vida.**

---

esforzarse de manera tal que el sufrimiento existente sea en lo posible suprimido o disminuido, que no surja ningún sufrimiento evitable y que el sufrimiento inevitable se minimalice y sea impuesto a cada miembro de la sociedad de la forma más moderada posible”: ARTHUR KAUFMANN, “La Universalidad de los Derechos Humanos. Un Ensayo de fundamentación” en *Persona y Derecho* nº 38 (Pamplona, Universidad de Navarra, 1998) pp. 19, 20 y 23

Conjuntamente con la creciente secularización de la muerte, elementos profundamente vinculados con la vida humana – tales como el principio de la dignidad de ésta – han sido revisados, dándoles un sentido diverso del que clásicamente tenían.

La visión tradicional de la dignidad del hombre la asocia inextricablemente con la idea de *humanidad*, considerando a la criatura humana como superior en sí misma a cualquier ser irracional: “el hombre no sólo es un animal de la especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona”<sup>7</sup>. De esta forma, la dignidad no puede perderse ni ser el hombre despojado de ella por otro, ya que constituye parte intrínseca de su naturaleza y sólo sus propios actos pueden quitarle dignidad, pese a que siempre mantendrá una cuota básica de ella, al no poder renunciar a su propia condición humana<sup>8</sup>.

Desde tal concepción, no podría llegarse a compartir las afirmaciones de la sentenciadora, en cuanto a que el titular del derecho a la vida es el llamado a definir hasta cuándo ésta es digna, ya que la vida humana tendría tal calidad necesariamente, sin perjuicio que el trato de otros o actos que uno mismo cometa pudieran ser calificados de indignos, por no compadecerse precisamente de esa dignidad intrínseca. Incluso si el enfermo terminal fuera tratado de una manera irrespetuosa, cruel y poco humana, ello no lo haría indigno, sino a quien es capaz de inferirle ese trato.

El acento en la dignidad de la vida, sin duda se identifica con lo que se ha venido a llamar la *sacralidad* de ésta – lo cual no es necesariamente sinónimo de una concepción religiosa determinada sobre la vida misma, pero sí de una visión trascendente del ser humano.

Sin embargo, en una concepción diversa, la idea de la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana palidece frente a un nuevo principio que ha venido prácticamente a reemplazarla y que se dirige a la *calidad de vida* de la persona. En efecto, “la ética de la calidad de vida pone énfasis en el tipo de vida que está siendo vivida, no en el hecho de vivir. Lo que significa la vida para cada uno es lo que importa. Teniendo eso en mente, no es inapropiado decir que algunas vidas *son de mayor valor que otras*, que esa condición o significado de la vida tiene mucho que ver con la justificación del término de esa vida. La ética de la sacralidad de la vida defiende dos proposiciones: 1.- La vida humana es sagrada por el solo hecho de su existencia; su valor no depende de una cierta condición o perfección de esa vida- 2.- Luego,

---

<sup>7</sup> JAVIER HERVADA: “Los Derechos Inherentes a la dignidad de la persona humana” en *Humana Iura* nº 1 (Pamplona, Universidad de Navarra, 1991) pp. 361 – 362.

<sup>8</sup> “La dignidad del hombre es inviolable en el sentido que no puede ser arrebatada desde fuera. Únicamente puede ser lesionada por otro en la medida en que no es respetada. Quien no la respeta, no se apropia de la dignidad de otro, sino que pierde la propia”: ROBERT SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana” en *Persona y Derecho* nº 19 (Pamplona, Universidad de Navarra, 1988) p.17.

todas las vidas humanas *son de igual valor*, todos tienen el mismo derecho a vivir. La ética de la calidad de vida no encuentra a ninguna de estas dos proposiciones aceptables”<sup>9</sup>.

Pese a la incompatibilidad que la cita precedente denuncia, tanto en el fallo en comento como en literatura vinculada con el utilitarismo en bioética, sin embargo, se ha optado por hacer una curiosa mixtura, en la cual la calidad de vida no aparece precisamente como contrapuesta con la tradición de la dignidad de la vida, sino que se tiende a presentar como un sinónimo, bajo la presunción que una vida digna es una vida de buena calidad, y consecuentemente, la muerte digna es aquélla que pone fin a una situación de indignidad de la vida.

Tales saltos lógicos, muy propios del lenguaje de la postmodernidad y del modo de tratar a los derechos fundamentales por quienes han pretendido reemplazar los principios que hay detrás de ellos *desde dentro del sistema*, sin duda no consideran a la dignidad del hombre como un aspecto intrínseco de éste, sino más bien como una situación subjetiva susceptible de una medición por parte de la propia persona o incluso por parte del Estado, de tal manera que lo único que resultaría propio del ser humano sería en realidad su autonomía de decisión incluso sobre el valor de sí mismo, lo que implica la posibilidad de autodesecharse si fuera necesario.

De esta forma, así como podemos vivir una mala calidad de vida – por pobreza, por abandono, por soledad, tristeza, dolor o hasta contaminación ambiental -, asimismo podemos, de acuerdo a este enfoque, enfrentar un escaso nivel de dignidad o incluso la pérdida de ésta, porque depende de sentirse bien, de ser feliz, de resultar bien tratado, querido, considerado, etc. Esto abre la compuerta a la intervención en la dignidad humana tanto de los terceros – dignidad dependiente de los otros, vulnerable ante ellos – como de uno mismo – dignidad dependiente de si considero que gozo o no de ella, y que en consecuencia, sigue el camino de todas las valoraciones subjetivas que pueda hacer de mi propia situación.

En consecuencia con tal razonamiento, y aunque no se perciba a primera vista, la aplicación de la autonomía de la valoración a la esfera de la dignidad redundaría en su franco deterioro, ello justifica la subyugación de la persona frente al interés social, así como ofrece la fácil salida de la muerte ante todo quebrantamiento del bienestar físico o psicológico, ya que si la dignidad humana depende de la buena fortuna, no es raro que la mantención de la vida y el esfuerzo mismo de vivir sigan el mismo camino: se trata de un contrato esencialmente rescindible por caso fortuito o fuerza mayor, el del hombre con su propia existencia.

### **III.- “EL ESTADO NO PUEDE Oponerse a la Decisión de un Individuo que no desea seguir viviendo y que solicita que le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que**

---

<sup>9</sup> EDWARD W. KEYSERLINGK: “The Quality of Life and Death” en JAMES J- WALTER y THOMAS A. SHANNON (editors): *Quality of Life. The New medical dilemma* (New York, Paulist Press, 1990) p. 37.



## **LE PRODUCE DOLORES INSOPORTABLES, INCOMPATIBLES CON SU IDEA DE DIGNIDAD”.**

También esta premisa es susceptible de división en otras:

### **1.- El Estado como un observador del proceso vida – muerte.**

Una de las grandes críticas que se hicieron respecto del liberalismo decimonónico, fue que resultaba extraordinariamente indolente con los problemas sociales, ya que en aras de proteger la libre iniciativa y competencia de los particulares en materia económica, había propuesto la reducción del papel del Estado a prácticamente un gentil observador de un proceso de enriquecimiento, que no generó el desarrollo para todos, como se hubiese pretendido.

La consagración del Estado Social de Derecho y el importante trabajo de conceptualización de los derechos económicos y sociales hecho durante parte del Siglo XX, devolvió al Estado a un papel económico más activo y subsidiario de la actividad particular, pero paradójicamente le ha vuelto a otorgar la calidad de simple observador, esta vez aplicada al tratamiento de derechos tan importantes como la vida y la integridad física y psíquica.

En efecto, se produce un acendrado temor a la intervención del Estado en las decisiones de vida y muerte de los individuos, ya que tal cosa pareciera transgredir los límites propios de las democracias pactadas, en las cuales la ética pública – y en consecuencia, la intervención del Estado – han sido reducidas a un mínimo aceptable, en el cual resulte tolerable vivir, con plena autonomía y autogestión de una conducta basada exclusivamente en la ética individual.

En efecto, es de reciente tendencia actual, el forzar la contraposición de la ética pública y de la ética individual (o privada), considerando a la primera como aquel núcleo de contenidos que, por erigirse en condición de una convivencia plural pacífica, se consideraría jurídicamente exigible, y a la segunda como un conjunto de dimensiones omnicomprendivas del bien que cada ciudadano puede privadamente suscribir y que no puede extenderse a los demás ciudadanos, pues significaría una pretensión de imponer sobre éstos creencias ajenas<sup>10</sup>. Si bien tal cosa ha generado un amplio debate, la verdad es que son muchos los países en los que crece la exigencia de no intervención alguna de la sociedad en el campo de la ética individual o privada, y en los que se deja limitada la ética pública, a lo que Andrés Ollero llama, en perfecta concordancia con las características actuales de la democracia, *una ética procedimental*, que no

---

<sup>10</sup> Al respecto, resulta interesante analizar las tesis contrapuestas de GREGORIO PESCES BARBA MARTINEZ, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995) que, como positivista, teme los riesgos de “imponer la ética pública como ética privada y convertir a los ciudadanos en obligados creyentes” (p. 17), y de ANDRÉS OLLERO TASSARA, “Derecho y Moral entre lo público y lo privado”, en *Estudios Públicos* n° 69, verano de 1998 (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1998), quien considera que “la ética pública, en cuanto marca los criterios que han de organizar la vida social, desborda cuando mucho una dimensión meramente procedimental y formal. Exige determinados contenidos materiales, sin perjuicio que su alcance sea más modesto que el omnicomprendivo de las éticas privadas” (pp. 25 - 26).

señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien y que se basa en el carácter trascendente y categórico de la pura racionalidad comunicativa del Hombre<sup>11</sup>.

De esta forma, la ética del conjunto se agotará tan sólo en la idea de vivir en el conjunto, de manera pacífica y en competencia bajo ciertas reglas preestablecidas. Todo el resto, es decir, lo que consiste en ordenar la conducta hacia el bien, en efectuar las valoraciones respecto de los hechos, el acatamiento de ciertos principios fundamentales, queda entregado a la pura decisión del individuo, para evitar las luchas enconadas, la destrucción de la convivencia y la temida promoción del Estado respecto de una doctrina particular en detrimento de otras<sup>12</sup>, es decir, fundamentalismo presente en ámbitos no occidentales que se traduce en el movimiento del aparataje estatal en captura de las conciencias individuales.

De allí que el culto por la ética individual y privada se vuelva, una vez más, hacia el pluralismo, el cual se eleva desde hecho sociológico a la categoría ética, como un freno a la pretensión de imponer una sola visión del mundo, haciendo uso opresivo del poder a favor de una determinada concepción ética<sup>13</sup>. Tal cosa deriva en la consideración de una ética individual que contiene argumentos interesantes de revisar:

Dado que el acuerdo valórico es muy difícil de lograr, el sistema social no debe aspirar a más que un consenso procedimental, por lo cual la búsqueda de la verdad y del bien fuera de los aspectos formales es tarea estrictamente individual. Tal cosa, sin duda, significa entender verdad y consenso como un dilema alternativo, respecto del cual el concepto de pluralismo dirige el camino hacia *el consenso posible en la diversidad*.

Defender a ultranza que la ética sustantiva resulte patrimonio exclusivo de la individualidad del Hombre, se visualiza como un freno para el poder estatal, ya que la organización política se encontrará impedida de legislar respecto de las conciencias de los individuos, no podrá perseguirlos por sus opiniones ni forzarlos a suscribir normas morales que no comparten, salvaguardándose así la libertad y la dignidad de las personas, ya que bajo este prisma, tal vez el componente más relevante de aquéllos que conforman el trato digno para con el individuo de

---

<sup>11</sup> Ob. cit, pp. 23 - 24.

<sup>12</sup> "...Cómo los ciudadanos - que siguen profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales - pueden, no obstante, conservar una sociedad democrática justa y estable. Para este fin, es normalmente deseable que los puntos de vista comprensivos en lo filosófico y en lo moral, que nos hallamos acostumbrados a utilizar en los debates sobre cuestiones políticas fundamentales, se dejen de lado en la vida pública...": JOHN RAWLS, *Liberalismo Político* (México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 2ª. Reimpresión) p. 35.

<sup>13</sup> ANDRES OLLERO TASSARA: Ob. cit, p. 31.

la especie humana, está constituido por la igualdad en la libertad que antes mencionábamos y que significa ser libre para pensar y actuar de acuerdo al pensamiento propio<sup>14</sup>.

Esta visión de la ética impide utilizar la regla de la mayoría como un instrumento de imposición, ya que ello significa que un consenso determinado sobre estas materias, por muy fuerte que sea, carece de legitimidad si es un instrumento por el cual se imponen a un grupo social creencias éticas que no comparte. De allí que la moral socialmente exigible quede reducida al ámbito de respeto de los derechos de los demás, es decir, a las conductas que tienen impacto sobre las prerrogativas de terceros, lo que una vez más nos fuerza a la distinción entre lo público y lo privado<sup>15</sup>, donde sólo atañe al "público" lo que el sujeto hace con consecuencias directas sobre otros.

La aplicación de la regla anterior deja las conductas o acciones que aparentemente sólo se refieren a uno mismo, a su total arbitrio y decisión, de tal forma que cada cual se vuelve su propio y único juez, ello fundado - una vez más - en el principio de la igualdad, el cual exige compulsivamente a la sociedad ser igualmente salvaguardado de su injerencia, por más que el concepto de "uno mismo" versus el de "terceros" no siempre se encuentre claramente definido o distinguido, como ocurre por ejemplo con la libertad de elegir, con los llamados derechos reproductivos y precisamente con la disposición de la propia vida.

El énfasis en la individualidad de la ética ha tenido una proyección inevitable hacia el Derecho, de tal forma que lo "jurídicamente exigible" se ha hecho símil de la ética pública (el mínimo de consenso procedimental entre los individuos) y se declara al Derecho imposibilitado de inmiscuirse en el gran ámbito de la ética privada, donde sólo le corresponde garantizar la libertad del hombre en igualdad con los otros. Tal clase de ética, también llamada por algunos autores "moral autónoma"<sup>16</sup>, tiene su centro de gravedad en la conciencia de cada individuo, en la cual éste se sujeta sólo al querer propio y no a un querer ajeno, mientras que "la moral social" derivará de lo que consensuadamente el grupo humano quiere expresar desde el punto de vista normativo y que, en consecuencia, hace exigible compulsivamente<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Ya veremos, sin embargo, que este principio de no injerencia resulta altamente relativo, si nos situamos en el ámbito del ejercicio de los derechos, en el cual el ejercicio mismo de ciertas prerrogativas que nacen a la sombra o alero de la autonomía, significa una decidida intervención social respecto de quienes no se encuentran en el grupo que ve concretadas sus pretensiones jurídicas.

<sup>15</sup> La cual no es siempre fácil de conocer, ya que "la distinción entre lo privado y lo público es históricamente cambiante y dista mucho de ser neutral": JOAQUIN GARCIA - HUIDOBRO, "Derechos Humanos y Liberalismo Moral" en *Lecciones de Derechos Humanos* (Valparaíso, Edeval, 1997) p. 384.

<sup>16</sup> AGUSTIN SQUELLA: *Derecho y Moral, ¿tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?* (Valparaíso, Edeval, 1989) p. 31.

<sup>17</sup> Sin que podamos olvidar que sólo es factible, de acuerdo a este planteamiento, el consenso en términos procedimentales, en otras palabras, normas que obedezcan a ciertas reglas básicas que permiten conducirse en la vida en sociedad: "algo común a los códigos morales de cualquier sociedad... la proscripción del uso de la violencia en las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las

Sintéticamente, el reconocimiento que el Estado no puede intervenir – no es que su intervención pudiera ser ineficaz, se trata de un *mandato de no-intervención* – respecto de las decisiones de vida y muerte que un individuo toma para sí mismo y ejecuta él o encarga a otro, sin duda marca el más extremo imperio de la concepción de la ética individual como el paradigma de la posición del Estado frente a la protección de los derechos fundamentales, lo cual lo convierte en un simple aplicador de sanciones respecto de la comisión de figuras delictivas no discutidas<sup>18</sup>, lo que resulta enormemente grave no sólo para una concepción finalista del Estado sino para la noción misma de bien común.

## **2.- El concepto de enfermedad terminal.**

Ostentar la calidad de “enfermo terminal” transforma a la persona, de acuerdo a la sentenciadora, en un individuo que goza de una prerrogativa especial ante el Estado – curiosamente no la de ser atendido, auxiliado y acompañado en su agonía, sino la de ser totalmente autónomo respecto de éste para dar curso a su decisión de morir, ya sea por su propia mano o pidiéndolo a otro.

Al respecto, sin perjuicio de compartir las prevenciones del voto de minoría del ministro José Gregorio Hernández Galindo, en cuanto a que resulta totalmente arbitrario otorgar este *privilegio* puramente al paciente terminal y a que resulta caprichoso considerar que el consentimiento del paciente es la única fuente de justificación que puede darse respecto del homicidio, debemos hacer algunas consideraciones adicionales:

- Primeramente, ¿queda del todo claro lo que se entiende por paciente terminal? Para un sector se trata de aquel paciente que adolece de una enfermedad que ya no es susceptible de ser tratada por la medicina curativa y que derivará necesariamente en la muerte de éste. Sin embargo, otros han llegado a considerar que la calidad de “terminal” no sólo corresponde al hecho de que la enfermedad en sí resulte intratable, sino que se alude más bien a la condición del enfermo<sup>19</sup>, de tal manera que – si bien es objetable desde el estricto sentido médico del término – también podría entenderse como terminal a aquel individuo que adolece de una enfermedad tratable, pero que no tiene acceso a los medios existentes para curarla, y que en definitiva va a morir por esa causa, o incluso al paciente que se rehusa a recibir tratamientos

---

promesas. Y la prohibición, por último, de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros. .. son el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad... la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para seres como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad”: HERBERT HART, *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980), p. 238.

<sup>18</sup> No hay que olvidar que, precisamente, el caso que nos ocupa constituye una figura delictiva que se termina sugiriendo despenalizar, en un proceso que estaba destinado a objetarla de constitucionalidad precisamente por estar construida sobre la base de una pena inferior a la del homicidio simple.

<sup>19</sup> JK MASON & RA MAC CALL SMITH: “Euthanasia”, *Law and Medical Ethics* 4rd Edition (London, Butterworth, 1994) p. 330: “The adjective terminal... defines a patient status which can only deteriorate”.

médicos que le salvarían la vida, a sabiendas de que ello significará la aceleración del proceso de muerte.

La postura de la sentenciadora parece dirigirse al primer grupo de pacientes entendidos como "terminales", pero, ¿no podría invocarse una misma disposición existiendo una misma razón, esto es, la proximidad de la muerte y el padecimiento del enfermo? Y por otra parte, ¿es justo que la prerrogativa de morir sea definida en virtud de la calidad de "terminal" en sentido estricto, si hay casos que son perfectamente asimilables, según se ha explicado?

La imposibilidad de intervención del Estado frente a la voluntad expresada por el paciente terminal, ¿rige también si éste se encuentra en la minoría de edad o tiene una capacidad disminuída? ¿pueden superponerse las reglas civiles del consentimiento válido por encima del dolor que esta persona sufre?<sup>20</sup> ¿se la puede representar? ¿rigen sus instrucciones previas al respecto, considerando que cuando las dictó no se encontraba en la situación específica de la actualidad?<sup>21</sup>.

Surgen, además, otras dudas que procuraremos traducir en las siguientes preguntas: ¿es el dolor insoportable privativo de los pacientes terminales, aún si utilizamos el concepto amplio relativo a éstos? ¿a quién corresponde hacer la calificación de "insoportable" del dolor que autoriza a solicitar la propia muerte, considerando los diferentes umbrales del dolor que tienen los individuos y la influencia en ellos de otras muchas circunstancias, tales como el estado psicológico, la edad, la información que se tiene sobre la dolencia, el tipo mismo de dolor, etc? Finalmente, ¿sólo el dolor puede hacerse insoportable y justificar el ansia de muerte?<sup>22</sup> Y... ¿existe el deber del Estado de ofrecerle una posibilidad distinta a la muerte?<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> "El requisito de capacidad no debe entenderse como "capacidad legal" – capacidad de hecho para realizar actos jurídicos – sino como la posibilidad de expresión de la voluntad , previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, de la facultad de comparar las ventajas alternativas, además de la posibilidad de sobreponerse al medio, la angustia y al nerviosismo que conlleva una situación de esa índole": HIGHTON – WIERZBA, citado por ALFREDO JORGE KRAUT, *Los Derechos de los Pacientes* (Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1997) pp. 150 – 151. Cfr. Voto del magistrado Cifuentes Muñoz, que sustenta la posición contraria.

<sup>21</sup> En estas preguntas también me identifico con el criterio del voto de minoría ya mencionado.

<sup>22</sup> "... el dolor no es el único factor a tener en cuenta por una persona que se plantea la eutanasia. A muchas personas, el hecho de padecer incontinencia, vómitos, hemorragia, debilidad física o pérdida de visión, les produce una gran angustia, y aunque las clínicas terminales puedan hacer mucho para mitigar esos síntomas, no pueden eliminar las consecuencias psicológicas. Hay personas que muestran una mayor resignación frente a estos síntomas tan descorazonadores; con frecuencia, cuestiones como orgullo, la modestia y el autocontrol juegan un papel decisivo": DEREK HUMPHRY Y ANN WICKETT, *El Derecho a Morir. Comprender la eutanasia* (Barcelona, Tusquets Editores, 1989) p. 240.

<sup>23</sup> "Cuando al paciente se le mitiga el dolor, normalmente se olvida de la idea de que se le aplique la eutanasia. Realmente a lo que le tiene miedo el paciente es al dolor, al sufrimiento y al abandono": MARIA PATRICIA CASTAÑO DE RESTREPO, *Consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, Addenda (Sentencia de la Corte Constitucional sobre Eutanasia)* (Temis, Bogotá, 1997) p. 41.

### ***3.- El problema del dolor como fuente de indignidad de la persona humana.***

En la sentencia que nos ocupa, sin duda que el papel que juega el dolor del paciente es el de ser o constituir – al menos ante sus ojos- una fuente de indignidad de la persona, es decir, una causal de pérdida de un estado digno mantenido hasta la llegada del dolor.

Sin duda, la cultura cristiana ha tenido como uno de sus pilares a la consideración de que el Hombre, como criatura mortal y corpórea, naturalmente capaz de sufrir, tanto padecimientos físicos como psicológicos, es capaz de alcanzar a través de ese dolor un estado de mayor encuentro consigo mismo y con Dios y de ofrecer su padecimiento en forma voluntaria, para causas nobles, como el sacrificio por los hijos o por la Patria, el trabajo abnegado, la renuncia por otros o incluso el martirio.

Tal cosa, sin embargo, no se contrapone sino que debe ser complementada con el hecho de que uno de los fines de la medicina y de todas las ciencias de la salud es, directa o indirectamente, cooperar para aliviar el dolor y devolver al individuo un estado de aceptable bienestar. De allí, entonces, que el sentido trascendente del dolor humano no debe ser mirado como un llamado a la indolencia de la medicina respecto de éste, ni tampoco como una exigencia de heroísmo que se impone a la voluntad del sujeto, sino como una búsqueda de sentido a aquella cuota de dolor que no es posible aliviar o que se sufre incluso por el solo hecho de tener la calidad de ser humano, sin que en ello medie siquiera la enfermedad.

En sentido contrario, la tendencia actual de las sociedades modernas se dirige a la total negación del dolor como un elemento propio de la naturaleza humana, al punto de llegarse a considerar en extremo que todo dolor o padecimiento resulta una especie de afrenta contra el individuo y una demostración de incapacidad o de falta de diligencia de un correlativo obligado al bienestar de la persona – el cual puede ser el Estado en sentido genérico, o más específicamente el médico.

Tal repugnancia y resistencia a todo dolor, se identifica sin duda también con el profundo desprecio por la calidad de criatura mortal del Hombre, en circunstancias que la ciencia actual ha ido posibilitando cada día más que las expectativas de vida aumenten y que, consecuentemente con ello, las exigencias de bienestar se hagan más posibles de ser satisfechas.

El problema se suscita cuando el requerimiento por una mayor cantidad y una mejor calidad de vida – tema al que antes ya nos hemos referido – se traduce en que el dolor, como elemento de indeseabilidad de la vida, significa considerar que la dignidad de ésta ha descendido o que se priva al sujeto de ella. De esta forma, nos situamos en una cara de la moneda en que el individuo no sólo reivindica su derecho a decidir cuánta cuota de sufrimiento quiere soportar pudiendo lícitamente evitarlo -cosa que constituye sin duda un derecho del paciente -, sino que

exige que frente a un dolor que no puede ser evitado y que le parece intolerable, el sistema le brinde como una oportunidad alternativa la salida de la muerte.

Ello transforma la totalidad del dolor y del padecimiento en algo artificial, externo a la criatura humana, frente a lo cual siempre existe siempre una nave en la cual zarpar, constituida por la herramienta suicida o por la solicitud de eutanasia.

Ante ello, sin duda una respuesta válida y constructiva es ofrecer al paciente, como lo explicábamos antes, una salida distinta, constituida por los cuidados paliativos, “destinados a rescatar la vida antes que anticipar la muerte de los enfermos terminales y a buscar los métodos adecuados para hacer más soportable el sufrimiento en la culminación de la misma enfermedad, asegurando al paciente una compañía ajustada a los parámetros humanitarios” – como tomamos textualmente del voto del ministro Herrera Vergara - , pero ella no sólo está constituida por la oferta de alivio del dolor – como una moneda de transacción de la muerte solicitada – sino también por la profunda convicción de que ese alivio no deja de reconocer que el ser humano, como tal, sufre en su vida y que el sufrir no lo hace menos persona, sino por el contrario, dignifica su pasar por el mundo, en la medida que sea aprovechado como una experiencia vital y no mirado como una vejación. Por eso es que el cuidado paliativo no se presenta como una terapia de la negación de la muerte y del dolor, sino como un tratamiento de ayuda y comprensión frente a la ocurrencia de éstos<sup>24</sup>.

**IV.-“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”. “EL CASO DE LOS ENFERMOS TERMINALES EN QUE CONCURRA LA VOLUNTAD LIBRE DEL SUJETO PASIVO DEL ACTO, NO PODRÁ DERIVARSE RESPONSABILIDAD PARA EL MÉDICO AUTOR, PUES LA CONDUCTA ESTÁ JUSTIFICADA”.**

Probablemente lo más criticado del fallo que nos ocupa está constituido por las frases recién transcritas contenidas en éste, pero si nos fijamos bien en el análisis efectuado hasta aquí – incluidas todas las premisas que hemos señalado - hubiera sido raro que los argumentos expuestos con anterioridad no nos hubieran permitido suponer que la progresión jurídica de la sentenciadora nos conduciría finalmente a proponer la despenalización de ciertos tipos de eutanasia. La construcción misma así lo indicaba, por lo que es al menos curioso argumentar después – como de hecho sucede en algunos votos individuales – que se comparten los

---

<sup>24</sup> Por lo cual vale la pena hacer presente que en algunos votos individuales del fallo, como el del magistrado Fuentes, se confunde a los cuidados paliativos con la aplicación de la eutanasia activa indirecta, lo que es sin duda muy grave, no sólo porque se trata de acciones totalmente diversas, sino sobre todo por el fin que persiguen y los principios sobre los cuales se orientan.

planteamientos del voto de mayoría pero no sus conclusiones, ya que es claro que entre unas y otras hay un hilo conductor.

En efecto, el culto a la autonomía de la voluntad del paciente más allá de su propio derecho y deber de preservar la vida, la consideración de que la dignidad de ésta es un elemento subjetivo y susceptible de diversas interpretaciones, el papel del Estado como un mero observador del proceso y la visión del dolor humano como un elemento repugnante y ofensivo a la dignidad, no podían sino justificar la despenalización del homicidio pietístico a pedido. Existe coherencia en ello.

Se considera, en consecuencia, que cuando media la voluntad expresada del paciente que se encuentra en las condiciones ya antes descritas y discutidas, no sólo se produce la inhibición automática del Estado para impedir la muerte, sino que además opera una eximente de responsabilidad de quien ejecuta la conducta homicida solicitada, cuando se trata de un médico.

Revisemos el significado de tal postura:

La manifestación de voluntad en orden a disponer de su vida, por parte del paciente terminal y en las circunstancias ya explicadas, tendría un fundamento en el hecho de situar a la libertad y, en consecuencia, a la decisión autónoma del sujeto en la cúspide de los valores del ordenamiento jurídico, debiendo "interpretar todos los derechos fundamentales de la persona como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, o si se prefiere, de la dignidad de la persona humana"<sup>25</sup>. De esta forma, el derecho individual a una determinada calidad de vida, implicaría un derecho a decidir también sobre la oportunidad, forma y circunstancias de la muerte, cuando la vida ya no es más deseada.

Partiendo del presupuesto indiscutido – para esta teoría – de que la persona humana puede disponer de su propia vida, por una razón de libertad y de dignidad mirada como un sinónimo de calidad de vida, se considera que esa disponibilidad también incluye su facultad de encomendar tal tarea a terceros, cuando por cualquier circunstancia no puede ejecutar la conducta matadora por sí misma.

Sin embargo, no se autoriza a cualquier individuo para realizar esta "muerte por encargo", sino al médico tratante, considerando que es el llamado a ejecutar esta voluntad del paciente, dados sus conocimientos, su experiencia y la capacidad que tiene de brindar a éste información fidedigna.

---

<sup>25</sup> V. MANUEL COBO DEL ROSAL Y JUAN C. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª Ed. (Valencia, Tirant lo Blanc, 1988) pp. 549- 41 y 548.



La actuación del médico se mira por un sector de la doctrina como una conducta amparada por una causal de justificación consistente en *estado de necesidad*, pues "es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la Constitución: el libre desarrollo de la personalidad... pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige; si el paciente lo solicita, también con la eutanasia se protege la dignidad de la persona, así como la libertad ideológica y también se evitan los tratos inhumanos"<sup>26</sup>. Tal aseveración significa, a su vez, y como integrantes del estado de necesidad: que el valor sacrificado (vida) es inferior al valor que se trata de resguardar (los mencionados), y que el que comete la acción se ha puesto en situación de garante de los derechos que ha pretendido proteger con su acción<sup>27</sup>.

La sentencia no se hace cargo de la discusión que existe entre los autores de la doctrina penal, en cuanto a si el consentimiento de la víctima en el delito de homicidio puede tener consecuencias respecto del tipo del delito, de la antijuridicidad o de la culpabilidad de éste, ya que derechamente y sin demasiada profundidad, se optó por la tesis que el consentimiento excluye a la antijuridicidad del delito, es decir, a la conciencia de lo injusto e ilícito del actuar<sup>28</sup>.

Sin perjuicio de la postura tomada en el caso, también conviene señalar que esta postura considera que sólo la voluntad del paciente tiene la capacidad jurídica de crear tal causal de exculpación, toda vez que por mucho que el médico tratante quisiera preservar los derechos del que sufre, de no contar con su consentimiento, estaría en condición de cometer un homicidio. Ello significa, sin duda, dejar de lado cualquier prevención jurídica acerca de temas de real envergadura, tales como si una instrucción dada en tal sentido adolece de objeto ilícito, por consistir en un homicidio (como lo expresa el voto de minoría del magistrado Hernández

---

<sup>26</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: "Eutanasia y derecho penal" en *Estudios de Derecho Penal* (Madrid, Tecnos, 1990) pp. 50 y ss.

<sup>27</sup> Sobre lo primero, el mismo autor anterior considera que el valor sacrificado (vida) es una vida devaluada "en cuanto a que su titular renuncia a ella, en cuanto a que su final está próximo y/o se ha convertido en un padecimiento físico, y en cuanto a que, por consiguiente, muchas veces es incompatible la coexistencia de los dos derechos garantizados por el mismo artículo 15 CE: el derecho a la vida y el derecho a no soportar tratos inhumanos": *Ibidem*, misma página. Respecto del segundo punto, es claro que se trata de constituir al médico en garante ya no de la vida o de la protección de la salud del paciente, sino también de otros derechos que se juzgan superiores a éste, lo que debe ser confrontado con opiniones contrarias, como la de CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana* (Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 1994) p. 112: "Este principio (libre desarrollo de la personalidad) ha sido utilizado ocasionalmente... para justificar el derecho a la disponibilidad de la propia vida. Sin embargo, no creo que pueda ser trasladado a este contexto, puesto que la muerte propia, producida por uno mismo o con la ayuda de un tercero, no supone un desarrollo de la personalidad a través de la muerte, o el último – y tal vez sublime – acto de culminación del desarrollo de la personalidad, sino pura y simplemente su destrucción y el fin de su desarrollo; sería más bien un acto de manifestación de la personalidad del individuo. Por consiguiente, la invocación de todos esos principios no puede legitimar constitucionalmente la eutanasia activa".

<sup>28</sup> Las diferentes tesis aludidas han sido vastamente descritas por ENRIQUE DIAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995) pp. 228 y ss, autor que toma una postura más extrema que el fallo, considerando que se trata de una conducta atípica.

Galindo) , si es ineficaz para generar una causal de exculpación, por no ser la vida un derecho disponible (voto del magistrado Naranjo Mesa) o si este consentimiento carece en realidad por sí solo del poder normativo para derogar la obligación legal que pesa sobre el sujeto a quien se dirige el requerimiento (prevención de los magistrados Araujo Mejía y Gaviria Díaz).

No cabe duda que la consideración de que en la especie media una causal de exculpación constituye una interpretación altamente antojadiza, no sólo de los derechos y deberes constitucionales, sino también de los principios mismos del Derecho Penal.

Sólo a modo ejemplar señalemos que el médico no tiene deber de garante sobre derechos distintos a los de la vida y la protección de la salud del enfermo, por lo que malamente puede verse a matar compelido por un estado de necesidad propiciado por la salvaguarda de garantías tales como el libre desarrollo de la personalidad o la prohibición de recibir tratos inhumanos, crueles o degradantes – derecho, este último, que se satisface no infringiendo tales tratos o evitando que se infrinjan, pero nunca destruyendo la vida del paciente, cuya dignidad es precisamente la que impide que se cometan tales conductas en contra suya.

Indiquemos, también, que la voluntad del paciente no puede ser considerada nunca como autorización para que sea muerto por otra persona, pues si bien se ha optado por despenalizar el suicidio fallido como una política criminal de la mayoría de los países, ello no ha transformado la vida en un bien disponible y mucho menos alienable de la esfera del propio individuo<sup>29</sup>.

Se ignora, asimismo, en la decisión que nos ocupa el hecho innegable de que la voluntad de morir no puede extraerse con total seguridad sólo de las palabras de una persona... Muchas veces son razones de tipo psiquiátrico la causa de la disposición de una persona a dejarse matar. A esto se agregan los casos en que el deseo de morir tiene un motivo falso... De otra parte, tan pronto se autorice el homicidio a petición, se denuncia el riesgo del paso siguiente: que se permita suplir el consentimiento de la víctima, ya sea por el de sus padres – si se trata de un niño – o por el de un órgano estatal (vg. Si se trata de enfermos mentales)<sup>30</sup>.

Es muy probable que la legislación colombiana no sufra, como no ha ocurrido hasta ahora, grandes transformaciones, pero sí resulta interesante, como se ha pretendido, efectuar algunas reflexiones sobre voces que ya comienzan a oírse en nuestro continente acerca de temas que

---

<sup>29</sup> El móvil humanitario en cuanto tal no tiene efectos atenuatorios en el Código Penal. De allí que una eventual disminución de pena (y nunca despenalización) se basaría entonces en la disminución pasajera de las facultades mentales del que actúa, debido a las alteraciones anímicas y emocionales que experimenta como consecuencia de los padecimientos del enfermo, según lo explica CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, "La eutanasia en el derecho comparado y en el Código Penal español", en SALVADOR URRACA (editor), *Eutanasia hoy. Un debate abierto* (Barcelona, Noesis, 1996) p. 231 – 232.

<sup>30</sup> Como lo previene JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR, "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político – criminales", *Revista de Derecho de la Universidad de Granada* n° 13, 2do.cuatrimestre, 1997, p. 295.

significan grandes dilemas éticos y jurídicos, como es el caso precisamente de la eutanasia y del homicidio consentido.

**SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA QUE POSTULA  
LA DESPENALIZACION DE LA EUTANASIA**

Sentencia C-239/97

Referencia: Expediente D-1490

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal-.

Demandante: José Eurípides Parra Parra

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

#### I. ANTECEDENTES.

Ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano JOSE EURIPIDES PARRA PARRA presenta demanda contra el artículo 326 del Código Penal, por considerar que dicha disposición viola los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 83, 94, 95 numerales 1,2 y 4, 96, 97, 98, 99, 100, 277 numerales 1, 2, 3 y 7, 282 numerales 1 y 2, 365 y 366 de la Constitución.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la ley y oído el concepto del Ministerio Público, procede la Corte a decidir.

#### A. NORMA ACUSADA.

El texto del artículo 326 del Código Penal es el siguiente:

“Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

#### B. DEMANDA.

Los argumentos que expone el actor para solicitar la inexecutableidad del artículo 326 del Código Penal son los siguientes:

El rol principal de un Estado Social y Democrático de Derecho es garantizar la vida de las personas, protegiéndolas en situaciones de peligro, previniendo atentados contra ellas y castigando a quienes vulneren sus derechos. En la norma acusada el Estado no cumple su

función, pues deja al arbitrio del médico o del particular la decisión de terminar con la vida de aquéllos a quienes se considere un obstáculo, una molestia o cuya salud represente un alto costo.

Si el derecho a la vida es inviolable, como lo declara el artículo 11 de la Carta, de ello se infiere que nadie puede disponer de la vida de otro; por tanto, aquél que mate a alguien que se encuentra en mal estado de salud, en coma, inconsciente, con dolor, merece que se le aplique la sanción prevista en los artículos 323 y 324 del Código Penal y no la sanción del artículo 326 ibídem que, por su levedad, constituye una autorización para matar; y es por esta razón que debe declararse la inexecutable de esta última norma, compendio de insensibilidad moral y de crueldad.

La norma acusada vulnera el derecho a la igualdad, pues establece una discriminación en contra de quien se encuentra gravemente enfermo o con mucho dolor. De esta manera el Estado relativiza el valor de la vida humana, permitiendo que en Colombia haya ciudadanos de diversas categorías.

La vida es tratada por el legislador como un bien jurídico no amparable, no tutelable, sino como una cosa, como un objeto que en el momento en que no presente ciertas cualidades o condiciones debe desaparecer. El homicidio piadoso es un subterfugio traído de legislaciones europeas en donde la ciencia, la técnica y la formación son disímiles al medio colombiano, donde se deja morir a las personas a las puertas de los hospitales. Es una figura que envuelve el deseo de librarse de la carga social.

La norma olvida que no toda persona que tenga deficiencias en su salud tiene un deseo vehemente de acabar con su vida, al contrario, las personas quieren completar su obra por pequeña o grande que ella sea.

En el homicidio piadoso se reflejan las tendencias de los Estados totalitarios fascista y comunista, que responden a las ideas hitlerianas y stalinistas; donde los más débiles, los más enfermos son conducidos a las cámaras de gas, condenados a éstas seguramente para "ayudarles a morir mejor".

## C. INTERVENCIONES.

1. EL DEFENSOR DEL PUEBLO, José Fernando Castro Caycedo, defiende la constitucionalidad de la norma acusada, con fundamento en estas consideraciones:

La conducta de quien suprime la vida de otro para poner fin a intensos sufrimientos que éste padece, no está libre de sanción. Dicha conducta está precisamente tipificada en el artículo 326 del Código Penal, que hace parte del título XIII que reprime los hechos que impliquen vulneración de la vida e integridad personal. Su distinción con otras normas penales, identificadas con el mismo objeto de protección, radica en el elemento normativo que contiene y cualifica al comportamiento acriminable, para el que se requiere una valoración cultural, ética o social, en el proceso de adecuación típica.

Si bien la Constitución consagra el derecho a la vida con carácter absoluto, es competencia del legislador establecer la dosimetría de las penas aplicables a las diferentes modalidades o especies de homicidio, en desarrollo de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que tienen estrecha relación con el principio de juridicidad, en el sentido de que el castigo impuesto para un tipo penal debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se le imputa; por lo que no sería razonable ni proporcional que al responsable de un homicidio por piedad se le aplicara la misma sanción de quien incurre en un homicidio simple o agravado.

Aunque la eutanasia, o sea la práctica de causar la muerte sin sufrimiento físico, es reprochable desde el punto de vista ético y moral, el legislador puede regular este tipo penal de manera autónoma e independiente de otras modalidades de homicidio con el fin de evitar excesos o debilidades punitivas.

2. EL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, actuando a través de apoderado solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la norma acusada, por las consideraciones que seguidamente se sintetizan:

La norma demandada no desconoce el derecho a la vida y, por el contrario, al penalizar una conducta que atenta contra ella, hace prevalecer ese derecho sobre cualquiera otra consideración. Del establecimiento de una pena menor para el delito de homicidio por piedad no se puede inferir violación a ningún mandato constitucional, pues ello sería tanto como pretender que todas las conductas penales y contravencionales establecidas en el ordenamiento jurídico para castigar conductas que atenten contra la vida, deberían tener la misma sanción.

La norma acusada antes que vulnerar el derecho a la igualdad, lo reafirma, al diferenciar la pena para el homicidio por piedad de los demás tipos penales que protegen el derecho a la vida, pues, además de estar obrando dentro de la autonomía que lo asiste para definir cuáles conductas son delictivas, está dando aplicación al principio de igualdad, que en materia penal le

permite dar un trato diferente a algunos comportamientos, teniendo en cuenta el carácter dinámico de la vida social y la esencial mutabilidad de los fenómenos criminológicos.

El argumento de que el tipo de homicidio por piedad vulnera la prohibición de desaparición forzada resulta absurdo, pues no puede confundirse la acción de desaparecer con la de matar a quien padece graves sufrimientos.

Tampoco la norma ignora el deber de solidaridad que impone la Carta. La consagración del tipo de homicidio por piedad comporta una forma de protección por parte del Estado al derecho fundamental a la vida, pues, precisamente, con la expedición de la norma se busca que los particulares no incurran en la conducta prohibida, en razón de lo cual mal puede afirmarse que el interés del Estado sea auspiciar la violación de tal derecho.

3. EL FISCAL GENERAL DE LA NACION fundamenta la constitucionalidad de la norma con los siguientes argumentos:

El derecho a la vida no es absoluto, sino relativo, como quiera que es el ordenamiento jurídico el que establece los casos en los cuales se puede matar a otro sin cometer homicidio, como en los eventos en que la persona obra en estado de necesidad, legítima defensa o en la guerra. En el caso del homicidio por piedad, por el contrario, el legislador no considera justificada la conducta y por esta razón la consagra como delictiva.

La sanción menor del homicidio por piedad obedece a que el derecho penal es culpabilista, lo cual implica que el monto de la pena debe estar en relación directa con el juicio de reproche. El homicidio pietístico no tiene una motivación perversa, sino altruista, no es ayudar para el morir, sino ayudar en el morir. En este orden de ideas, el juicio de reproche que se le hace a un homicida motivado por la piedad debe ser mucho menor que el que se le hace a un homicida que mata por otras razones. Es un tratamiento desigual para una situación desigual, lo cual nos acerca más a la justicia que a su negación.

La Constitución protege el derecho a la vida y a la dignidad humana, por eso introduce el concepto de calidad de vida, con fundamento en el cual, en un Estado Social de Derecho, las personas deben vivir de una manera acorde con su dignidad. Si esto se predica de la vida, ¿por qué no predicarlo del momento de la muerte?.

#### D. EL MINISTERIO PUBLICO.

El Procurador General de la Nación (E) solicita a la Corte declarar exequible el artículo 326 del Código Penal, con fundamento en estas consideraciones:

En la norma acusada, antes que propiciarse la conducta homicida, se reconoce plenamente que ella lesiona un interés jurídico y en tal sentido se impone una sanción para quien incurre en la misma; sólo que la sanción es inferior a la prevista para el homicidio simple, en atención a que tal conducta está precedida de unas especiales circunstancias subjetivas tenidas en cuenta por el autor de la ley penal como factor de atenuación del castigo, en consideración a que la responsabilidad penal, en nuestro ordenamiento, no se determina únicamente a partir del bien jurídico protegido, sino con fundamento en principios como el de proporcionalidad de la responsabilidad del autor del hecho.

La aplicación de un criterio aritméticamente igualitario en la sanción del homicidio, conduciría al absurdo de castigar con la misma pena a quien involuntariamente, de manera accidental, ha ocasionado la muerte a otra persona, y a quien con el propósito de matar sin justificación alguna incurra en la misma conducta, sólo porque el resultado es el mismo, y más absurdo sería asimilar el homicidio cometido con una o varias de las circunstancias de agravación punitiva que contempla la ley penal, al homicidio que, como el previsto en la norma acusada, se comete con la finalidad altruista de evitar la prolongación de un sufrimiento, en circunstancias en que las esperanzas de vida han sido científicamente descartadas.

Considerar el bien jurídico tutelado como único criterio para establecer la punibilidad de una conducta realizada por una persona determinada, conduce a una deshumanización de la actividad punitiva del Estado, por cuanto al no tener en cuenta el legislador el principio lógico de la proporcionalidad de la responsabilidad del autor en la comisión de un hecho típico, se estaría desconociendo un axioma básico del derecho penal, a partir del cual se reconoce la vulnerabilidad del hombre, su falibilidad, sus miedos, sus anhelos, rabias, condicionamientos, estados de crisis y sus respuestas frente a los diferentes estímulos del mundo que lo rodea.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### A. COMPETENCIA.



Por dirigirse la acusación contra disposiciones que forman parte de un decreto con fuerza de ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-5 de la Carta.

#### B. ELEMENTOS DEL HOMICIDIO POR PIEDAD.

El homicidio por piedad, según los elementos que el tipo describe, es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro. Doctrinariamente se le ha denominado homicidio pietístico o eutanásico. Por tanto, quien mata con un interés distinto, como el económico, no puede ser sancionado conforme a este tipo. El actor confunde los conceptos de homicidio eutanásico y homicidio eugenésico; en el primero la motivación consiste en ayudar a otro a morir dignamente, en tanto que en el segundo se persigue como fin, con fundamento en hipótesis seudocientíficas, la preservación y el mejoramiento de la raza o de la especie humana. Es además, el homicidio pietístico, un tipo que precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo, consistentes en que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, es decir, no se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza de que termine su sufrimiento.

Es preciso aclarar, que diferentes conductas pueden adecuarse al tipo penal, lo que necesariamente lleva a la Corte, a la luz de la Constitución, a realizar un análisis distinto frente a cada una de ellas. En efecto, el comportamiento no es el mismo cuando el sujeto pasivo no ha manifestado su voluntad, o se opone a la materialización del hecho porque, a pesar de las condiciones físicas en que se encuentra, desea seguir viviendo hasta el final; al de aquel que realiza la conducta cuando la persona consiente el hecho y solicita que le ayuden a morir.

En estas condiciones, los interrogantes que debe absolver la Corte, en su orden, son los siguientes: 1) ¿Desconoce o no la Carta, la sanción que contempla el artículo 326 del Código Penal para el tipo de homicidio piadoso? y, 2) ¿Cuál es la relevancia jurídica del consentimiento del sujeto pasivo del hecho?.

1. En un derecho penal del acto la pena se condiciona a la realización de un hecho antijurídico, dependiendo del grado de culpabilidad.

Dado que el homicidio por piedad es un tipo doloso, las reflexiones siguientes se limitarán a esta forma de culpabilidad.

a. La Constitución colombiana consagra un derecho penal del acto, que supone la adopción del principio de culpabilidad.

El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor.

Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.

Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.

La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe.

En otros términos, el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.

Las consideraciones precedentes guardan armonía con la definición del derecho penal como mecanismo de regulación de la conducta humana, dirigido, por ende, a acciones susceptibles de ser realizadas o no por los destinatarios de la norma; requiere, entonces, del conocimiento y de

la voluntad de aquéllos a quienes se dirige, con el propósito de orientarlos o condicionarlos. Lo contrario supondría una responsabilidad por el simple resultado, que es trasunto de un derecho fundado en la responsabilidad objetiva, pugnante con la dignidad de la persona humana.

Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.

Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Carrara fue explícito en este aspecto al observar que el título de la imputación puede variar en función del aspecto subjetivo del hecho: "Y si bien el derecho no se lesiona sino con el acto físico, con todo la fórmula usada por nosotros: variedad del derecho lesionado, no es idéntica a esta otra: variedad del actor físico; porque dos actos físicos semejantes pueden estar dirigidos, por cada uno de los agentes, a violar dos derechos distintos, y por la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, pueden nacer (a pesar de la identidad de actos físicos) diversos delitos, a causa de la diversidad de las intenciones del agente, que dirigió el acto físico a lesionar un derecho más bien que otro".

La ubicación dogmática de este elemento ha sido discutida en la doctrina. Hay autores que la consideran un elemento subjetivo del tipo, en tanto que para otros se trata de un elemento subjetivo de la culpabilidad. Pero, al margen de la discusión doctrinaria, lo cierto es que para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador.

b. La piedad como consideración subjetiva del acto.

Aceptado, entonces, que los móviles pueden hacer parte de la descripción del tipo penal, sin que por ello, en principio, se vulnere ninguna disposición constitucional, el paso siguiente consistirá en examinar si la disminución punitiva que contempla la norma acusada, en relación con el tipo de homicidio simple o agravado, en consideración al aspecto subjetivo del acto, resulta proporcionada y razonable o, por el contrario, desconoce derechos y garantías fundamentales.

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

Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto, tal como lo consagró el constituyente en el artículo 29, según se expuso antes.

Ahora bien: la medida de esa pena que, se insiste, como tal, comporta reproche por la materialización de un comportamiento que desconoce el bien jurídico protegido de la vida, pero que, de otra parte, considera relevante la motivación del acto, sólo puede ser determinada en abstracto por el legislador, sin que le sea dable al juez constitucional desconocer los criterios de utilidad que lleva implícita esa elección.

No sobra recordar que la piedad ha sido considerada históricamente por el legislador como un motivo de atenuación de la sanción. Y así, en el artículo 364 del estatuto penal anterior (ley 38 de 1936), se establecía que la sanción para el homicidio podía, excepcionalmente, atenuarse, cambiarse por prisión o arresto y aún "concederse el perdón judicial", cuando el hecho fuera realizado por piedad.

Es claro que para que se configure esta forma de homicidio atenuado no basta el actuar conforme a un sentimiento de piedad, ya que es necesario que se presenten además los elementos objetivos exigidos por el tipo penal, a saber, que el sujeto pasivo tenga intensos sufrimientos derivados de lesión corporal o enfermedad grave o incurable. Por consiguiente, no existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece esos sufrimientos, aún cuando invoque razones de piedad. En este caso, que constituye un homicidio simple, o incluso agravado, la muerte es el producto del sentimiento egoísta del victimario, que

anula una existencia, por que a su juicio no tiene ningún valor. En esta conducta, la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el artículo 326 del Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia.

Por lo tanto, desde esta perspectiva de análisis, la tacha de inconstitucionalidad que propone el actor, en el sentido de considerar que el artículo 326 del Código Penal desconoce el derecho a la vida de quien se encuentra en condiciones precarias de salud, porque la levedad de la sanción constituye una autorización para matar, comporta una actitud que reclama la aplicación de una pena en virtud de la sola materialidad del comportamiento, sin consideración a los aspectos subjetivos involucrados en el mismo, cuya relevancia guarda armonía con los mandatos constitucionales. El actor olvida que en un Estado Social de Derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto, y no sólo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico.

#### C. CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

El consentimiento es, en relación con algunos tipos penales, causal de atipicidad, como en el hurto, daño en bien ajeno, secuestro, extorsión; en otros, circunstancia de atenuación punitiva, v. gr., la sanción para quien realice el aborto, es menor cuando la mujer consiente en el hecho y, en otros hechos punibles, el consentimiento de la víctima es una condición necesaria para la configuración del tipo, como en el estupro. En relación con el homicidio por piedad, ninguna disposición penal hace alusión al consentimiento del sujeto pasivo del hecho. ¿Significa esta omisión que dicho consentimiento no es relevante?.

El Código Penal de 1936 contemplaba un tipo penal denominado homicidio consentido (art. 368), al cual asignaba una pena de tres a diez años de presidio, lo que indicaba que aunque el legislador consideraba la vida como un bien jurídicamente protegible, a pesar de la decisión de su titular, y por ende calificaba como injusto el homicidio consentido, la voluntad del sujeto pasivo obraba como una causal de atenuación de la sanción. Conjuntamente con este tipo, se estableció el homicidio pietístico, caracterizado porque en él el autor obraba motivado por el deseo de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales reputados incurables. Al autor de este hecho podía el juez atenuarle la pena prevista para el homicidio, cambiarle el presidio por prisión, y aún concederle el perdón judicial, lo que en la práctica ocurría cuando mediaban, además de la piedad, la voluntad del sujeto pasivo del hecho. Cabe anotar, además, que ni en ese estatuto ni en el Código Penal que hoy rige se

consagró como delito la tentativa de suicidio, admitiéndose así, aún bajo el imperio de una Constitución notoriamente menos explícita que la vigente en el reconocimiento de la autonomía personal, que la decisión del individuo sobre el fin de su existencia no merecía el reproche penal.

La Constitución de 1991 introdujo significativas modificaciones en relación con los derechos fundamentales, que obligan a reinterpretar todas las disposiciones del Código Penal, bajo esa nueva luz; es por ello que la Corte entra a analizar si es legítimo que dentro de este orden constitucional se penalice a la persona que ejecuta un homicidio por piedad, pero atendiendo a la voluntad del propio sujeto pasivo.

#### 1. El derecho a la vida y la autonomía a la luz de la Constitución de 1991.

Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.

En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.

La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.

Como bien lo ha expresado esta Corporación, "la dignidad humana ... es en verdad principio fundante del Estado,... que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la

consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución." Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. En este sentido la Corte señaló:

"El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incansables de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa".

Por otra parte, el mismo artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado Colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás.

En estos términos, la Constitución se inspira en la consideración de 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.

Job es un patético ejemplo de valor para sobrellevar la existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes; pero la resignación del santo, justificable y dignificante sólo por su inmovible fe en Dios, no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues 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

crueledad. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa "que la crueldad es la peor cosa que puede hacer".

En síntesis, desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir, pues, como lo ha dicho Radbruch, bajo una Constitución que opta por ese tipo de filosofía, las relaciones entre derecho y moral no se plantean a la altura de los deberes sino de los derechos. En otras palabras: 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 el 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.

2. La vida como valor constitucional, el deber del Estado de protegerla y su relación con la autonomía de la persona.

La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida". Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados



tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales.

La sentencia T-493 de 1993, de la cual fue ponente el Magistrado Antonio Barrera, constituye un hito ineludible en un asunto como el que ahora ocupa a la Corte. En ella se relacionan, con acierto, a la luz de la Constitución vigente, la autonomía de la persona (el libre desarrollo de su personalidad) y el derecho a elegir, en caso de grave enfermedad, si se enfrenta la muerte o se prolonga la existencia por medio de tratamiento médico. La tesis esencial es la misma: sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana:

“La decisión de María Libia Pérez Angel (quien padecía de cáncer) de no acudir a los servicios médicos ...no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el ordenamiento jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de su personalidad”.

Además ha dicho la Corte que “los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles”.

Y si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos, que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañen.

### 3. Enfermos terminales, homicidio por piedad y consentimiento del sujeto pasivo.

El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su

existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que 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 enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el artículo 326 del 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 se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.

El deber de no matar encuentra excepciones en la legislación, a través de la consagración de figuras como la legítima defensa, y el estado de necesidad, en virtud de las cuales matar no resulta antijurídico, siempre que se den los supuestos objetivos determinados en las disposiciones respectivas.

En el caso del homicidio pietístico, consentido por el sujeto pasivo del acto, 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.

No sobra recordar que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obran.

#### D. La Regulación de la Muerte Digna.

Como el Estado no es indiferente a la vida humana, sino que, como se señaló, tiene el deber de protegerla, es necesario que se establezcan regulaciones legales muy estrictas sobre la manera como debe prestarse el consentimiento y la ayuda a morir, para evitar que en nombre del homicidio pietístico, consentido, se elimine a personas que quieren seguir viviendo, o que no sufren de intensos dolores producto de enfermedad terminal. Esas regulaciones deben estar destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino y no el efecto de una depresión momentánea. Por ejemplo, bien podría el Estado exigir que la petición sea expresada en más de una ocasión, y luego de transcurrido un término razonable entre las mismas. Podría también considerarse la posibilidad de que en todos los casos se contara con una autorización judicial, a fin de asegurar la autenticidad del consentimiento y garantizar que todos los intervinientes se preocupen exclusivamente por la dignidad del enfermo. Igualmente la ley podría ordenar que, previa a la última petición, la persona atienda a una reunión con un equipo de apoyo que le explique integralmente su situación y le ofrezca todas las alternativas posibles distintas a la opción de morir. Esto significa que el Estado, por su compromiso con la vida, debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación, en particular, brindarles los tratamientos paliativos del dolor. En fin, puntos esenciales de esa regulación serán sin duda:

1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir.
2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso.
3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.
4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico.
5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

Como estas regulaciones sólo pueden ser establecidas por el legislador, la Corte considera que mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia.

De otro lado, y en aras de la seguridad jurídica, la Corte exhortará al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.

### **III. DECISION.**

Con fundamento en las razones expuestas, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### **R E S U E L V E:**

Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.

Segundo: Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

**Magistrado**

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

**Magistrado**

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

**Secretaria General**

## ***Salvamento de voto a la Sentencia C-239/97***

Referencia: Expediente D-1490

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Comparto la decisión adoptada por la Corte en el sentido de declarar exequible el artículo acusado, pues, a mi juicio, el legislador puede establecer formas atenuadas de los delitos que contempla, asignándoles penas inferiores, mientras no se vulneren principios constitucionales y la pena sea proporcional al hecho y razonable.

Al respecto, sigo considerando acertada la jurisprudencia de la Corporación, expresada en reciente providencia a propósito de un caso similar al presente, el del aborto cometido por la mujer que ha concebido en virtud de violación o inseminación artificial no consentida:

“La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces.

En ese orden de ideas, no es posible acceder a lo pedido en este proceso por el demandante, quien pretende la eliminación de la pena menor, no obstante las circunstancias en que se funda, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva.

Si la Corte Constitucional pudiera, por ese sólo hecho, retirar del ordenamiento jurídico una disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuánime y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público.

Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos

comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997).

En cambio, de ninguna manera puedo acoger el condicionamiento plasmado en la parte resolutive de la Sentencia, que dice:

"...con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

A mi modo de ver, la norma impugnada ha debido ser declarada exequible pura y simplemente.

Las razones de mi discrepancia se sintetizan así:

1. La Corte Constitucional puede dictar sentencias condicionadas o interpretativas, con el objeto de evitar la forzosa inexecutableidad de una norma que admite varias interpretaciones, unas ajustadas a la Carta y otras contrarias a ella, para lo cual, como ha ocurrido varias veces, el correspondiente fallo identifica los sentidos del precepto que se avienen a los postulados y mandatos constitucionales, declarando su executableidad, a la vez que hace lo propio con el entendimiento contrario a la Constitución, declarando su inexecutableidad. De tal modo que, bajo tales supuestos excepcionales, la disposición objeto de examen es executable solamente si es entendida y aplicada en su comprensión constitucional, según el análisis de la Corte y de acuerdo con lo dispuesto por ella.

Pero una cosa es condicionar el fallo, advirtiendo que sólo determinada interpretación de la ley se ajusta a la Constitución, y otra muy diferente crear una nueva norma jurídica que deba agregarse obligatoriamente a la declarada executable. Esta última tarea corresponde exclusivamente al legislador.

Y en esta oportunidad la Corte ha introducido una causal de justificación del homicidio piadoso - el consentimiento del sujeto pasivo -, circunscribiéndola al caso del médico respecto de un enfermo terminal.

Para concluir que estamos frente a una función materialmente legislativa basta observar que, así como se hizo consistir la justificación del hecho en el consentimiento del enfermo, bien habría podido plasmarse como tal el asentimiento de su familia, o el de una autoridad pública; y que, al igual que se cobijó con ese trato diferente al médico homicida, se habría podido favorecer al confesor, a un familiar o a un amigo de la persona; y que, en la forma como se aplicó al enfermo terminal se habría podido referir a cualquier enfermo, o a quien padeciera determinadas dolencias vergonzantes o una de aquellas que exigen tratamientos muy costosos.

Concedor de que los condicionamientos de las sentencias de constitucionalidad implican que solamente se acomoda a la Carta una disposición si se la entiende en los términos del fallo, me pregunto:

¿Es constitucional que no se sancione al médico en las circunstancias descritas, pero lo es que se castigue a otra persona - por ejemplo, un familiar cercano -, que quizá, por su afecto o proximidad al enfermo, puede hallarse psicológicamente más afectada al presenciar el sufrimiento del paciente? La referencia al médico como exclusivo beneficiario de la causal de justificación es arbitraria.

¿Es constitucional que se exonere de responsabilidad al médico que obra por piedad y quita la vida al enfermo terminal que conscientemente le pide que lo haga, pero no lo es que se aplique el mismo trato jurídico al profesional que hace lo propio respecto de una persona que sufre iguales o peores dolencias pero que no puede expresar su voluntad? La referencia al consentimiento, como única fuente de justificación, es igualmente caprichosa.

¿Es constitucional que se contemple la causal de justificación cuando se ocasiona la muerte al enfermo terminal y no lo es cuando se hace lo mismo con otro enfermo, tal vez no clasificado con esa expresión -tan indefinida y tan vaga -, pero afectado por intensísimos dolores, iguales o peores a los que sufre aquél? La referencia al enfermo terminal como sujeto pasivo único respecto de cuya muerte se justifica el homicidio piadoso es también arbitraria.

Como puede verse, bajo los supuestos de la Sentencia, las variables acogidas por la Corte no son las únicas en favor de las cuales podría - en gracia de discusión- alegarse que configuren la justificación de la conducta conocida como eutanasia. Por lo cual, a ellas no podía sujetarse fatalmente - como se hizo- la constitucionalidad de la disposición que la penaliza, a no ser que se demostrara - como no se demostró- que la concurrencia de las otras variables posibles no acogidas por la Corte serían inconstitucionales como causales de justificación.

Por eso estimo que el camino para adoptar la difícil y problemática decisión de despenalizar en Colombia la eutanasia no era el de un fallo, relativo a la exequibilidad de la norma legal que tipificó el delito, sino el de la más amplia discusión pública que hubiera concluido en la deliberación del Congreso, como titular de la función legislativa, si de ley se trataba, o en la votación popular, en el curso de un referendo.

2. Pero es que, a mi juicio, no solamente se puede hablar de que la Corte modificó el Código Penal, sino que en realidad, se reformó la Constitución.



En efecto, respecto al artículo 11 de la Carta Política, a cuyo tenor "el derecho a la vida es inviolable", se establece una excepción: la de un enfermo terminal y con su consentimiento, cuando, para evitar la prolongación de sus dolores, un médico decida causarle la muerte.

Se relativizó el derecho fundamental por excelencia, que, como la misma Corte ha sostenido en varias providencias, es base y condición necesaria de todos los demás derechos.

Y se modificó la Constitución sin que a la reforma hubiera precedido ninguno de los trámites previstos en su artículo 374: Acto Legislativo proferido por el Congreso, Acto de una Asamblea Constituyente, o decisión del pueblo mediante referendo.

Más todavía, tratándose de un derecho fundamental, el más importante, no era suficiente siquiera el Acto Legislativo, pues era aplicable el artículo 377 de la Carta, según el cual "deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías (...) si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral".

3. Con esta Sentencia, la Corte Constitucional modificó, sin señalar motivos, su propia jurisprudencia sobre el derecho a la vida, plasmada, entre otras, en las sentencias C-133 del 17 de marzo de 1994 y C-013 del 23 de enero de 1997.

Del primero de esos fallos puede destacarse lo siguiente, que resulta abiertamente contrariado por la decisión de la fecha:

"El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.

El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional, constituye indudablemente el reconocimiento y la efectividad de un valor esencial como es la vida humana (Preámbulo y artículos 2º y 11).

(...)

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Del segundo fallo, proferido apenas hace cuatro meses, con ponencia del suscrito, cabe recalcar las siguientes expresiones, totalmente opuestas a las que ahora ha acogido la Corte:

"El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo.

Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del nasciturus, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

(...)

"1) La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física.

2) La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable. En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional.

Como la ha enseñado la jurisprudencia, se trata de un derecho del cual se es titular por el sólo hecho de existir, mientras que los demás requieren de la vida del sujeto para tener existencia y viabilidad".

(...)

3) Para la Corte, el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige de tal forma, aun sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el Derecho, no en la ley. Entonces, el hecho de estar positivamente librado a la decisión del legislador lo referente a la búsqueda de las más eficientes formas de su protección -como lo destaca esta

sentencia- no significa la potestad legislativa para suprimirlo o ignorarlo, ni tampoco para despojarlo de amparo jurídico.

La consagración explícita del derecho a la vida por parte del Constituyente de 1991 y por los tratados y declaraciones internacionales sobre la materia no implica que el valor y prevalencia de aquél estén fincados exclusivamente en la existencia de tales cláusulas, que, si desaparecieran, no lo derogarían.

4) En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la

Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital”.

4. Precisamente, fundado en los anteriores criterios, que reconocen la inviolabilidad del derecho a la vida, tal como lo hace la propia Constitución, 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.

El suscrito entiende que no es así, pues si algo es predicable del derecho a la vida, en contraste con los demás derechos, es su carácter de indisponible.

A mi juicio, a nadie es lícito, aun autorizado por el sujeto pasivo, ejecutar actos positivos encaminados conscientemente a suprimir la vida de un ser humano, lo que resulta bien distinto de abstenerse de llevar a cabo tratamientos o procedimientos médicos o quirúrgicos extraordinarios y heroicos, por cuya virtud se prolongue artificialmente la supervivencia de un enfermo desahuciado.

5. La sentencia finca la causal de justificación introducida para el delito de homicidio piadoso en el consentimiento del enfermo terminal.

Ante todo, por razones de seguridad jurídica, especialmente si se trata, como en esta ocasión, de un tipo penal, aparece como indispensable definir lo que debe entenderse por enfermedad terminal.

En otros términos, ya que la Corte ha resuelto reemplazar al legislador en su función de establecer las causales que justifican un hecho punible, con lo cual se elimina por vía general la

tipicidad del mismo en los supuestos contemplados por el fallo, lo que se espera de éste es, en mi criterio, la delimitación exacta de la situación que configura el motivo justificante agregado a la norma materia de examen.

Considero que en la providencia objeto de este salvamento no se ha procedido así y que, en una actitud incoherente, se crea una regla que ha debido ser plasmada por el legislador pero simultáneamente se lo exhorta para que "en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna".

6. El concepto esencial, que se constituye en supuesto insustituible de la causal de justificación, es el consentimiento del sujeto pasivo, es decir, el otorgado por la víctima del homicidio. Además de lo dicho sobre la indisponibilidad de la propia vida, el mandato de muerte es en sí mismo contrario a Derecho, aunque provenga de la víctima, pues está viciado de nulidad absoluta el supuesto acto de voluntad que la Corte acepta como justificante del hecho punible. Recuérdese que su objeto es ilícito por definición: se trata de un homicidio. De otro lado, es altamente discutible la validez que tendría un consentimiento expresado en las circunstancias descritas por la norma legal estudiada y por la sentencia de la Corte: las de "intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable" en la fase terminal de la vida.

A mi modo de ver, tal consentimiento está viciado en su base. Además de recaer sobre un objeto ilícito, carece de un elemento que juzgo esencial para poder aceptarlo: la libertad del sujeto, entendida como autónoma decisión del ser humano, exenta de coacciones y apremios.

Un individuo afectado por horribles padecimientos en la hipótesis que presenta la norma no es en realidad dueño consciente de su voluntad. A las manifestaciones externas de ella, provocadas precisamente por su grave circunstancia, no puede dárseles, aunque su forma diga lo contrario, el alcance de un deseo o propósito libre y deliberado de perder la vida, o de autorizar que otro le cause la muerte.

Si en el campo probatorio, particularmente en lo que atañe al Derecho Penal, no se admite la confesión obtenida mediante tortura, no solamente por cuanto ésta representa flagrante violación del derecho fundamental a conservar la integridad personal, sino especialmente por cuanto implica la negación de la libre y espontánea voluntad de reconocer hechos, actos y circunstancias que son contrarios al interés del confesante, con mayor razón debe excluirse, como válido para justificar el homicidio, el "consentimiento" del sujeto pasivo, si éste - aceptado sólo en gracia de discusión que le fuera lícito darlo- lo otorga bajo la presión

insoportable, incisiva, inclemente, incesante de una tortura, así no sea ocasionada por el hombre sino por la naturaleza, que obnubila su intelecto al punto de pedir la muerte.

En realidad -pienso-, tratándose de un acto que compromete lo más íntimo de la conciencia del sujeto, a sus palabras, pronunciadas bajo la presión del dolor, no se les puede dar una credibilidad absoluta, descartando inclusive la opción más probable, consistente en que lo deseado por la persona no es la muerte misma sino el cese de su padecimiento corporal. Quizá un paliativo, o una droga que disminuya o enerve el dolor, podrían lograr el efecto de que, recuperada la conciencia libre y espontánea, merced a la desaparición temporal o definitiva del sufrimiento físico que la condicionaba, el paciente desistiera de su propósito suicida y volviera a expresar su natural apego a la vida. Por ello, me parece arbitraria la conclusión de que el consentimiento existe en tales casos y, peor aún, la de que su manifestación en semejantes condiciones validaría el acto del homicidio.

Se dirá, entonces, que el consentimiento debe expresarse con antelación a los padecimientos, cuando el individuo se halla exento de ellos y en la plenitud de sus facultades intelectuales -por ejemplo, en el momento de hospitalizarse, o al afiliarse a una persona jurídica que tenga por objeto proteger el derecho a la muerte digna-, pero tampoco esa hipótesis se puede aceptar, pues, en mi criterio, tan anticipada disposición de la propia existencia, aunque pudiera darse lícitamente, quitaría fundamento a la causal de justificación en sí misma, en cuanto se alejaría de la circunstancia extrema, condicionante del acto homicida, de la cual ha partido la sentencia. Pero, por otra parte, no podría entenderse irreversible e irrevocable, menos si de la vida se trata. ¿Y quién puede asegurarnos que el paciente cuya lucidez era plena cuando otorgó licencia para provocar su muerte en caso de dolores graves, una vez caído en ellos y hallándose imposibilitado para expresar de nuevo su consentimiento, mantiene la decisión plasmada en el contrato de muerte?

7. La Corte admite como causal justificativa del homicidio, la expresión del consentimiento de la víctima.

Como no se hace ninguna distinción, el suscrito magistrado se pregunta si la indicada causal es aplicable a la situación de un menor. Si es un niño que ni siquiera puede expresarse dada su tierna edad, ¿quién podría consentir en su muerte provocada? ¿Sus padres, sus tutores, sus hermanos, el director del hospital, cualquier particular que presencie los terribles dolores que padece? ¿Tales personas podrían erigirse en propietarias de su vida?

Y, si se concluye que nadie puede dar ese consentimiento y que, por tanto, ese niño debe seguir viviendo pese a su excesivo dolor, todavía más conmovedor y apremiante, ¿por qué discriminarlo respecto del paciente capaz de manifestar su consentimiento?

Ahora bien, en el caso del niño que puede hablar y aun escribir, pero cuya edad lo ubica en estado de incapacidad absoluta o relativa desde el punto de vista civil, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, no habría motivo plausible para suponer que, en cambio, sí goza de plena aptitud para disponer de su propia vida.

¿Y qué decir del consentimiento de un demente?

8. Para concluir, no puedo admitir la eutanasia, entendida como conducta positivamente encaminada a producir la muerte de la persona, en ninguna de sus hipótesis, y menos todavía en la del consentimiento del sujeto pasivo de ella.

Situación distinta se tiene en la llamada distanasia, no prevista en la norma bajo examen. Respecto de ella, estimo que nadie está obligado a prolongar artificialmente, por días o semanas, la vida de quien ya, frente a la ciencia, no tiene posibilidades reales de salvarse.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra.

### ***Salvamento de voto a la Sentencia C-239/97***

Referencia: Expediente D-1490

El suscrito Magistrado salva su voto en el proceso de la referencia, pese a haber compartido la decisión adoptada por la Sala Plena de declarar exequible el artículo 326 del Código Penal, por estar en desacuerdo con el condicionamiento introducido en la parte resolutoria de la Sentencia y, por ende, con las motivaciones que lo sustentan.

Las razones que me mueven a apartarme de dicho condicionamiento son fundamentalmente de orden jurídico, aunque, como lo expresé en el curso del debate, el tema sobre el cual éste giró - el de la eutanasia- es un tema no simplemente jurídico sino que tiene profundas e insoslayables implicaciones en los campos ético y moral, como que compromete, ni más ni menos, que al más sagrado y fundamental de los derechos naturales del hombre: el derecho a la vida.

Considero, de entrada, que con el condicionamiento aprobado por la mayoría a una norma legal que se declara exequible, la Corte ha entrado a legislar, esto es, ha adoptado una decisión que evidentemente es del resorte de legislador. Y lo ha hecho, a mi juicio, de manera ligera, al consagrar, a través de ese condicionamiento, excepciones a la norma -artículo 326 del Código Penal- que sanciona la eutanasia. Es decir, que a través de esta Sentencia se ha legalizado en Colombia una de las modalidades de eutanasia, en un acto que me atrevo a calificar de insólito, ya que son muy contados los países en el mundo -tal vez dos o tres- que se han atrevido a dar este paso, y no lo han dado por la vía jurisprudencial, sino por la legislativa, -que es la adecuada-, tras prolongados debates y discusiones a nivel de los distintos estamentos sociales. En efecto, que yo sepa tan sólo Holanda, el Estado de Oregon en los Estados Unidos, y Australia han legalizado la eutanasia, y ello, bajo severos condicionamientos. Más aún, tengo entendido que Australia derogó posteriormente esa medida.

Y es que, como digo, un tema tan complejo y de tanta trascendencia, como que compromete la vida misma de las personas, no puede ser objeto de decisiones precipitadas, sino de un largo y minucioso examen que comprenda toda la problemática que él encierra, y que no se limita tan sólo al estricto campo del derecho positivo. Es de anotar que ni aún los países más avanzados y liberales del mundo han logrado ponerse de acuerdo sobre la conveniencia de legalizar esta forma de homicidio. No deja de resultar paradójico que sea Colombia, con uno de los más altos índices de homicidio, en sus diversas modalidades, entre los países del mundo, la que atreva a dar este paso.

Antes de entrar al análisis propiamente jurídico del asunto, considero, necesario hacer algunas precisiones terminológicas para no incurrir en confusiones como en las que, a mi juicio, incurre la Sentencia de la cual me aparto.

1. - Necesarias precisiones terminológicas

Para hablar de la eutanasia se hace imprescindible perfilar de manera inequívoca la acción que la constituye y diferenciarla de otros comportamientos con los que se suele confundir.

- 1.1. - El significado actual de la expresión "eutanasia", es justamente el que coincide con la descripción de la conducta a la que se refiere el artículo 326 del Código Penal. Es la actividad llevada a cabo para causar la muerte a un ser humano a fin de evitarle sufrimientos. Por los fines que persigue se le llama también homicidio piadoso u homicidio por piedad, ya que la muerte se busca como un medio para evitar a la persona dolores insoportables, deformaciones físicas, una ancianidad muy penosa, o en general cualquier condición personal que mueva a la compasión.

Según los medios que utilice el agente, la eutanasia puede ser "activa", si despliega una actividad adecuada dirigida directamente a causar la muerte, o "pasiva", negativa o por omisión, si la muerte se causa omitiendo el prestar a la persona los medios necesarios para mantener la vida. De esta manera, la eutanasia es siempre un tipo de homicidio, toda vez que implica el que una persona le cause intencionalmente la muerte a otra, bien sea mediante un comportamiento activo o mediante la omisión de los cuidados y atenciones debidos. Por otra parte, la eutanasia puede ser consentida o no por quien la padece, caso el primero, que también es llamado por algunos "suicidio asistido".

1.2. -En frente de este comportamiento aparece otro que consiste en todo lo contrario: la distanasia, entendida como el retrasar la muerte todo lo posible, utilizando para ello todos los medios ordinarios o extraordinarios al alcance, así sean estos proporcionados o no, y aunque esto signifique causar dolores y padecimientos a una persona cuya muerte de todas maneras es inminente. En otras palabras, la distanasia es la prolongación artificial de la agonía de un moribundo, entendiendo por agonía el proceso que conduce a la muerte a plazo corto, inminente e inevitable. La distanasia es también conocida bajo la denominación de "ensañamiento u obstinación terapéutica".

Siendo la muerte un hecho natural con el cual culmina necesariamente toda vida humana, dilatarlo a toda costa y por cualquier medio, aún a costa del sufrimiento de quien va morir, ineludiblemente, constituye una acción reprochable, porque atenta contra la dignidad de aquel a quien se le practica, e incluso contra su integridad personal en ciertos casos. Por ello, evitar la distanasia es un deber social que debe ser cumplido en salvaguardia de los derechos fundamentales del moribundo.

Aunque el lindero entre la conducta que consiste en evitar una acción distanásica y la que consiste en practicar la eutanasia puede aparecer en ciertos casos difícil de precisar, existe de todos modos una diferencia substancial que radica en la intencionalidad del agente: en efecto, en la conducta eutanásica hay intención de matar, aunque sea por piedad, y en la conducta evitativa de la distanasia no existe tal intención; es ésta la clave del asunto.

Si bien la anterior diferenciación pueda resultar difícil "probatoriamente hablando", no lo es en cambio en el terreno conceptual, en donde, como se dijo, la diferencia es clara y radica en la diversa intencionalidad del agente: homicida en la eutanasia, no homicida en el caso contrario.

1.3. - De igual manera, es claramente diferenciable la eutanasia, de la conducta que consiste en decidir que no se recurrirá a medios extraordinarios o desproporcionados frente las posibilidades de sobrevivencia humanas, utilizados para evitar o distanciar el advenimiento de la muerte, aunque ésta no sea inminente, como sí lo es en el evento de la distanasia. En efecto,



en este caso también se echa de menos la intención directamente homicida traducida en una conducta activa o pasivamente dirigida a causar la muerte. Tampoco aquí, como en la conducta evitativa de la distanasia, que se da en el marco de la agonía, la muerte ajena es buscada.

1.4. - Resulta imprescindible referirse además a otra conducta que asume el hombre frente a los casos de enfermos incurables que padecen agobiantes sufrimientos y dolores: esta otra conducta es la que ha sido llamada "medicina paliativa". La medicina paliativa es una forma de atender a los enfermos desahuciados, que igualmente se opone a la eutanasia y a la distanasia. La medicina paliativa reconoce que el enfermo es incurable y dedica toda su atención a aliviar sus padecimientos mediante el empleo de los recursos científicos y técnicos propios de la ciencia médica. Si bien en ocasiones el empleo de estos recursos conlleva, como efecto necesario no querido, el acortar la vida del paciente, quienes emplean este tipo de medicina no se proponen este efecto, sino tan sólo el alivio del enfermo.

La medicina paliativa constituye una actitud humanitaria que responde a la dignidad del enfermo, sin causarle mediante una acción directamente occisiva, la muerte. Se diferencia de la eutanasia en la ausencia de esta acción directa y en la intencionalidad de quien la aplica, que se reduce a tratar de aliviar el dolor, sin buscar para ello la muerte. Si ésta se presenta, o resulta anticiparse, ello no es querido por el agente, esto es, por quien suministra los paliativos.

2. - Ilegitimidad jurídica de la conducta eutanásica.

El derecho a la vida es, reitero, el primero de los derechos fundamentales del cual es titular toda persona. Así lo reconoce la Constitución Política colombiana. En efecto, su Preámbulo, señala como el primero de los propósitos del Estado colombiano el de asegurar la vida a todos los integrantes de la Nación; el artículo 2º, señala como primera obligación de las autoridades de la República la de proteger el derecho de la vida de todas las personas residentes en Colombia; y el artículo 11, tajantemente proclama: "El derecho a la vida es inviolable". Este derecho es, pues, el supuesto "sine qua non" del ejercicio de todos los demás. Es asunto tan obvio, que nadie pone en duda que el disponer de la vida ajena constituye la más palmaria violación de derechos que pueda darse. Por ello, el causar intencionalmente la muerte a otro ha sido siempre una conducta punible, y lo sigue siendo en todas las legislaciones contemporáneas. Naturalmente existen modalidades de homicidio intencional, y a ellas corresponden graduaciones en las penas.

A juicio del suscrito, no puede hablarse, pues, con propiedad de "un derecho a la muerte", lo cual es un contrasentido. Es obvio que el final natural de la vida es la muerte y que ésta, más que un derecho es un hecho inexorable. Puede colegirse de ahí que la vida, ese sí un derecho, no constituye un bien jurídico disponible, como se desprende de la Sentencia. No se puede ejercer simultáneamente el derecho a la vida y el supuesto derecho a la muerte, porque tal proposición resulta contradictoria y aun absurda. Siendo la opción de la muerte necesariamente posterior a la de la vida, cuando sobreviene aquella no se es más sujeto de derechos. Se dirá entonces que el pretendido derecho a la muerte consiste en el derecho a renunciar a estar vivo, lo cual nos lleva a analizar si la vida humana puede ser un derecho renunciante.

#### 2.1. - La vida es un derecho irrenunciable.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, a lo largo de toda su existencia de más de cinco años, ha sido constante y coherente en la defensa celosa del derecho a la vida, reconociéndolo siempre, como el primero de los derechos fundamentales. Además, le ha dado el carácter de derecho irrenunciable, como, en principio, lo tienen todos los derechos fundamentales, tal como se plasma en varias Sentencias, algunos de cuyos apartes me permito transcribir a continuación:

"...Lo anterior significa que los derechos fundamentales, al ser inherentes a la persona, son necesarios y no contingentes, lo cual los hace irrenunciables. Por ello no sería coherente que un Estado que se funda en igualdad y en dignidad humanas permitiera que una persona se desligara de un bien que razonablemente es irrenunciable e imprescriptible. (...)

"La tradición de los derechos humanos, desde la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia en 1776 hasta hoy, es unánime en señalar como patrimonio objetivo de la humanidad la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos inherentes a la persona. Tan absurdo resulta imaginar que un hombre aceptara el ser reducido a la condición de esclavo, y que esta decisión suya fuera tolerada por el Estado. Como suponer que una persona puede aceptar un convenio contrario a su dignidad o a su derecho a la igualdad. (Sentencia T-256 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

"Todo derecho humano es un bien sobre cuyo dominio no puede caer ni la renuncia ni la transferencia". (Sentencia T-374 de 1993, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

"- Proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es derecho constitucional fundamental inalienable" (Subrayado fuera de texto) (T-613 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

"- Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar

que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los que posee desde le mismo momento de su existencia - aún de su concepción - y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo ésta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable" (Subrayado fuera de texto). (Sentencia T-571 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein).

"Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad." (Sent. C-023 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

¼ "Pues carece de licitud todo pacto contra la ley, los contratantes no pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia." (Sent. T-544 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

"La actora tenía derecho a ser afiliada forzosamente al régimen del seguro social y ese derecho es, constitucionalmente, irrenunciable, según los principios establecidos en el artículo 53 de la Carta ("¼irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales..."), que refrenda el contenido del artículo 48 íbidem, en el que expresamente se garantiza "...a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (inciso segundo)." (Sent. T-341 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

"La normatividad constitucional garantiza pues el derecho irrenunciable a la seguridad social, la cual en lo referente a la pensión de invalidez, constituye un patrimonio inalienable del incapacitado." (Sent. C-556 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

De esta manera, la decisión de la cual me aparto constituye si no un cambio de jurisprudencia, sí un cambio radical de postura de los magistrados que suscribieron en su momento estos fallos. En efecto, antes reconocían que los derechos fundamentales eran irrenunciables, y en el presente fallo, al entender que existe un derecho a la muerte, o que la vida es un bien jurídico disponible, implícitamente aceptan que es posible renunciar a la vida propia, consintiendo en la propia eliminación.

Este cambio de postura conlleva un desconocimiento de la naturaleza humana. Si es posible renunciar al más fundamental de todos los derechos, a aquél que es presupuesto ontológico del ejercicio de todos los demás, incluidos la libertad, la igualdad, la dignidad etc., entonces ¿porqué no admitir la renunciabilidad de todos estos?. ¿Si es posible que yo renuncie a mi vida

para optar por la muerte, entonces porqué no puedo renunciar a mi derecho a la libertad, por ejemplo, y aceptar la esclavitud?.

Admitir que la vida es un bien jurídico disponible a voluntad, pone en peligro evidente todo el orden jurídico de la sociedad, ya que, como corolario, todo derecho sería enajenable, renunciable, y posteriormente, ¿por qué no? susceptible de ser desconocido por quienes ostentan el poder público.

3. - El libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto.

En la Sentencia se invoca como una causal justificativa de la eutanasia que se autoriza, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. A mi juicio, una vez más, como sucedió en la sentencia que despenalizó el consumo de droga en dosis personal, de la cual igualmente me aparté, se ha incurrido en el grave error de considerar ese derecho como un derecho absoluto, entrando, así en contradicción con lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que no hay ni puede haber derechos o libertades absolutos. El del libre desarrollo de la personalidad esta muy lejos de ser una excepción.

La libertad comporta para el hombre la facultad de autodeterminarse conforme a sus fines naturales, mediante el uso de la razón y de la voluntad. Pero lo que determina el hombre es su propia conducta. La vida misma, en su concepción ontológica, esto es, en cuanto el mismo ser del viviente, no es dominada por el hombre. Quien no acepte esto, desconoce una evidencia, por cuanto no necesita demostración el hecho palmario de que el hombre no determina su propia concepción, ni su crecimiento, ni su desarrollo biológico, ni su configuración corporal, ni su condición de mortal. La muerte inexorablemente llega a todo ser humano sin que pueda ser definitivamente evitada por él. Esto, tan obvio, nos evidencia que el hombre no domina su propia vida ontológica. Es evidente entonces que el hombre no tiene el dominio absoluto de su vida, sino tan sólo lo que los clásicos llamaron el dominio útil de la misma. Por ello no es posible invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad para disponer de la propia vida, y hacerlo significa ir en contra de la propia naturaleza humana.

4. - Fundamento ético de los postulados jurídicos

De conformidad con cierto criterio que trata de abrirse espacio en la jurisprudencia de esta Corporación, la nueva Constitución que nos rige propone un modelo en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral. Según los propulsores de esta peculiar interpretación de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada persona en este terreno tiene derecho a conducir su vida según sus propias decisiones.

Sobre este fundamento, que pretende mostrarse como el argumento de la "tolerancia" o la imparcialidad, entendido como único camino para preservar el derecho al libre desarrollo de

la personalidad, se llegó a admitir, en el fallo del que me aparto, que como cada cual tiene derecho a disponer de su propia vida en uso de su libertad y autonomía individual, la eutanasia es una figura jurídicamente tolerable, bajo la condición de que sea consentida por quien la padece.

Evidentemente existen muchas visiones éticas (una de las cuales es justamente a la que me he referido), lo que conduce a pensar que la Constitución y la ley no pueden asumir la moral de un grupo o de una parte de la sociedad. Echando una mirada retrospectiva a lo que la filosofía del derecho ha estudiado en torno de las relaciones entre la moral y el derecho, podemos apreciar cuan disímiles han sido las distintas respuestas. En efecto, para citar algunos ejemplos, para Kant el derecho es independiente de la moral, pero no contrario a los postulados éticos. La Escuela francesa de la exégesis, niega la validez moral en el terreno jurídico. Savigny manifiesta que la fuente del derecho y de la moral es la convicción jurídica del pueblo, esto es, una intuición emocional de lo que debe ser la regulación de la convivencia humana. Kelsen, en su visión positivista, propone una teoría pura del derecho positivo alejada de todo valor moral. Hart, a su turno, sostiene que el derecho está fundado en una justificación moral.

No obstante tal variedad de concepciones, el derecho y la moral recaen sobre un mismo objeto. Al respecto ha dicho esta Corporación: "La moral y el derecho son sistemas de normas cuyo destino es la regulación de la conducta del hombre. Aquí radica la similitud entre los dos". (Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía).

Nuestra propia Constitución, por su parte, se refiere a la moral, como lo destaca el mismo fallo antes citado:

"Además la Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34, y consagra la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 2029. En síntesis: no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico."

Y más adelante en el mismo fallo se dice:

"Hay, pues, "una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos". Pero cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de una moral universal e inmutable en su propia circunstancia..

"En resumen: hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual; lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.

Ese mismo fallo, analizando concretamente la expresión "moral cristiana", contenida en el art. 13 de la ley 153 de 1887, norma que en esa ocasión fue declarada exequible, manifestó:

"En primer lugar, la expresión "moral cristiana" designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana.

"Se dijo que "moral cristiana" refiriéndose a la religión de la mayoría de la población como en Turquía debido decirse "la moral islámica". La ley se limitó a reconocer un hecho social..."

Cabe recordar que la Sentencia que vengo comentando declaró EXEQUIBLE el artículo 13 de la ley 153 de 1887, entendiéndose que la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social".

El fallo del cual ahora discrepo fue adoptado, sin duda, con fundamento en postulados éticos que se apartan de la "moral social" o la "moral general" del pueblo colombiano. No se tomó en cuenta este mínimo ético que debe sustentar los postulados jurídicos. Se toma pie en concepciones absolutas de la libertad del hombre y en apreciaciones sobre la naturaleza de la vida humana, que por ser manifiestamente contrarias a los postulados éticos generales, no podían ser tomados en cuenta sin desmedro del principio democrático y desconociendo la propia Constitución.

En efecto, la concepción personalista cristiana de la vida y de la libertad proclaman que el hombre no es absolutamente libre, toda vez que la libertad humana debe ser entendida como la facultad de autodeterminación conforme con las finalidades naturales del hombre, dentro de las cuales no se contempla su propia destrucción, y el dominio humano sobre la propia vida no es mirado como un dominio absoluto, sino como un dominio útil, como anteriormente se explicara.

Solo el concepto absoluto de la libertad propio del modelo filosófico liberal individualista, retomado ahora por los neoliberales, pregona que es lícito todo lo libremente querido, libremente aceptado y que no lesiona la libertad de los demás. Esta concepción permite decidir sobre el momento de la muerte y sobre el suicidio (la eutanasia consentida no es otra cosa que un verdadero suicidio asistido), como expresiones de la libertad individual.

5. - Alcances del tipo penal del homicidio por piedad.

**Finalmente, cuando el artículo 326 del Código Penal señala: "El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable...", sin distinguir en el hecho de que la conducta se realice por iniciativa del sujeto activo o por solicitud de la víctima, debe entenderse que la norma cubre las dos hipótesis. Obsérvese que lo que da lugar al delito en su modalidad de homicidio atenuado, es el propósito homicida consideraciones altruistas y de conmiseración -, y no la circunstancia de quien haya concebido la**

**realización de la conducta punible. Esto último no se constituye en elemento del tipo penal en discusión.**

**Así entonces, el delito de homicidio por piedad ocurre frente a dos situaciones específicas: la primera, en aquellos casos en que la víctima, impedida para quitarse la vida, bien porque sus condiciones físicas no se lo permiten o bien por temor, le solicita a otro, generalmente un allegado familiar o amigo -, que le quite la vida; la segunda, cuando la víctima, por iniciativa del tercero, cede ante su propuesta de quitarle la vida, motivado por los intensos sufrimientos que le aquejan, móviles que también deben llevar al sujeto activo a la realización de la conducta.**

La Corte Suprema de Justicia, al referirse a las circunstancias que dan lugar al delito de homicidio piadoso señaló:

“Basta el simple enunciado para que la mente se entere de cómo ocurre el delito de quien imposibilitado para suprimirse la vida por sí mismo, o bien por cobardía física, le pide a otro, generalmente un allegado o su más amigo, que lo haga por él, o se limite a consentir en la que ese otro le propone en vista de su estado de desesperación o de una enfermedad penosa o incurable. Por eso se ha llamado piadoso a este homicidio y “eutanasia” a la muerte lograda mediante un procedimiento benigno que libre al paciente de insufribles dolores.” (C.S.J, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de julio de 1955, M.P. Ricardo Jordán Jiménez) (negritas fuera de texto).

Ahora bien, si dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, la doctrina reconoce el “consentimiento del sujeto pasivo” como causal extrapenal de justificación, también es cierto que para que pueda aceptarse como tal es necesario que se cumplan ciertos requisitos, entre otros, que se trate de un derecho susceptible de disposición (Alfonso Reyes Echandía, Derecho Penal General, Undécima Edición), es decir, que no represente inmediata utilidad social y sobre los cuales el Estado permita el libre goce para el beneficio exclusivo del particular. Entre ellos podemos mencionar a manera de ejemplo, los derechos patrimoniales y la libertad sexual. El derecho a la vida, como se ha manifestado a lo largo de este salvamento y como se deduce de las normas constitucionales y legales que lo consagran, no es un derecho de libre disposición personal. Por ello, frente al homicidio por piedad, el consentimiento que sobre él pueda dar el derechohabiente - enfermo grave e incurable -, resulta ineficaz para generar una causal excluyente de antijuridicidad a favor de quien realiza la conducta punible.

Así entonces, contrario a lo sostenido en las motivaciones de la Sentencia de la que me aparto, debe entenderse comprendida en el delito de “homicidio por piedad”, no sólo la conducta de

quien actúa por su propia iniciativa sino también la de aquel que por solicitud de la víctima agota el tipo penal.

Por lo demás, y para concluir, no ha dejado de sorprenderme que el texto final de la parte resolutive de la Sentencia, no corresponde al que, a mi juicio, fue aprobado por seis votos en la Sala Plena del día 20 de mayo de 1997, cuando se acogieron, por parte de cuatro de los seis magistrados de la mayoría los planteamientos hechos por el h. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien propuso que en la parte resolutive se pusiera el siguiente condicionamiento: "Salvo en el caso del enfermo terminal cuando manifiesta su consentimiento en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señalados en la parte motiva de esta Sentencia". Es de anotar, que, como consta en el Acta correspondiente de la Sesión del día 5 de junio de 1997, por solicitud escrita del magistrado Cifuentes, la Secretaria general de la Corporación corroboró, igualmente por escrito, que ésta era la parte resolutive que se había aprobado.

Santafé de Bogotá, D.C., 11 de junio de 1997

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

### ***Salvamento de voto a la Sentencia C-239/97***

Referencia: Expediente D-1490

Demanda de inconstitucionalidad del artículo 326 del Decreto 100 de 1980

Código Penal-

Demandante: José Eurípides Parra Parra

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

El suscrito Magistrado formuló salvamento de voto con respecto a la sentencia de la referencia por estar totalmente en desacuerdo con el condicionamiento que en ella se hace, al eliminarse la responsabilidad penal que debe tener el médico que ejecuta la muerte de una persona, en el caso de un enfermo terminal, aunque sea con la concurrencia de la voluntad libre del sujeto pasivo del acto.



Como me permití expresarlo en la correspondiente sesión de la Sala Plena en que se debatió y adoptó la decisión por mayoría de los Magistrados de la Corporación, el fallo del cual me separo en la parte mencionada, excede en forma ostensible, extralimitando el control constitucional que tiene la Corte en el examen y decisión acerca de la exequibilidad de la norma demandada, al crear sin competencia constitucional alguna, causales de justificación de un hecho punible, como lo es el de exonerar penalmente, tanto en la parte motiva como en la resolutive, a quien mata a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, cuando medie "la voluntad libre del sujeto pasivo del acto", en el caso de los enfermos terminales. Ello es propio de la función legislativa, de manera que la Corte debió limitarse simplemente a analizar si la norma se encontraba ajustada a la Constitución para los efectos de decidir sobre su exequibilidad o inexecuibilidad, sin que le fuese dado, so pretexto de dicho estudio, eximir de responsabilidad penal alguna al médico autor del homicidio que pone fin a una vida digna, por el hecho de que la persona, sujeto pasivo del acto, ha prestado su consentimiento para que se le ponga fin a su vida en el caso de un enfermo terminal, con lo cual no solamente se asumió la función del Congreso de la República a quien corresponde crear las causales eximentes de responsabilidad penal, sino que además fue más allá que el mismo constituyente quien consagró el derecho a la vida como "inviolable" aún con la voluntad de su dueño.

La norma bajo examen estableció como pena atenuante del homicidio, con sanción de prisión de seis meses a tres años, al que ejecuta el acto de la muerte por piedad, es decir, "para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable", circunstancia esta que justifica plenamente la consagración de una pena inferior al homicidio simple establecido en la Legislación Penal Colombiana, razón por la cual, al no vulnerar el precepto demandado ningún principio de orden constitucional, se declaró exequible en la sentencia de la referencia, en decisión que solamente en este aspecto comparto, por las razones esgrimidas en la misma.

Empero, con el condicionamiento aludido a que hace referencia la parte resolutive, el fallo desconoce en forma flagrante sagrados derechos constitucionales de carácter fundamental, basado en el sistemático pretexto de que nos encontramos frente a una Constitución Pluralista inspirada en el principio de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Política) y del absoluto y libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Política).

Más bien, lo que resulta contrario a la dignidad humana y al derecho a la vida que fue concebido por los constituyentes de 1991 como inviolable, es permitir sin ceñirse a la Carta Magna, que se provoque por un médico o cualquier persona, la muerte de otro, aún con su voluntad, mediante la aplicación de medios terapéuticos que la procuran y aligeran de modo anticipado, de manera moral y jurídicamente inaceptable.

Comenzando por el mismo Preámbulo de la Constitución, fue propósito del constituyente diseñar un marco jurídico que tuviera como finalidad "asegurar a sus integrantes la vida". De la misma manera, el artículo 11 de la Carta Política determinó que "El derecho a la vida es inviolable". Así mismo, el artículo 2º ibídem señala como fundamento jurídico de las autoridades de la República, la protección a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Del mismo modo, el artículo 49 constitucional, al consagrar el derecho a la salud, estableció como una garantía de todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y "recuperación de la salud".

A lo anterior cabe agregar que como existe en la mayoría de los países del mundo, en la medicina moderna han tenido auge primordial los cuidados paliativos encaminados a rescatar la vida antes que anticipar la muerte de los enfermos terminales y a buscar los métodos adecuados para hacer más soportable el sufrimiento en la culminación de la misma enfermedad, asegurando al paciente una compañía ajustada a los parámetros humanitarios.

Por ello, una cosa es la utilización de diversos tipos de analgésicos y sedantes con la intención de aliviar el dolor del enfermo y mitigar hasta el máximo los sufrimientos que padece, y otra distinta es otorgar el derecho a matar para poner fin a la vida por piedad, procurando la muerte de modo anticipado, aún con el consentimiento del sujeto pasivo del acto, lo que es contrario al texto y espíritu de los preceptos constitucionales anteriormente mencionados, que en ningún momento ha dado vigencia, ni ha autorizado la Eutanasia activa, es decir, la acción u omisión con el propósito de poner fin a los sufrimientos derivados de una enfermedad terminal y cuyo reconocimiento ha quedado patentizado en la sentencia de la cual me separo.

Mal precedente este, frente al creciente número de personas ancianas y debilitadas, que ante el destino inexorable de la muerte padecen de una enfermedad terminal, con cuyo criterio ha quedado menoscabado el derecho a la recuperación de su salud y a la vida inviolable, establecidos en la Constitución, pues antes de la aplicación por adopción de métodos encaminados a salvar la vida, se autoriza precipitar la muerte como si aquella no tuviera el valor que le asignan los preceptos consagrados en la Carta Magna.

Más aún, cuando es bien sabido que en numerosas circunstancias, por fortuna, a través de sistemas y aparatos sofisticados, la práctica de la medicina contemporánea ha salvado muchas vidas ante enfermedades aparentemente terminales que antes no tenían solución o han eliminado los dolores intensos provenientes de las mismas, prolongando la existencia de personas con derecho a seguir viviendo plenamente, evitando la muerte de aquellas.

Desde luego que como el suscrito lo expuso en forma amplia en la correspondiente sesión en que se discutió y decidió el proceso de la referencia, en aquellos casos en que dentro de una enfermedad terminal, la vida ya es prácticamente artificial porque incluso la persona ha perdido los signos vitales, conocida como la distanacia, o sea cuando la muerte es inevitable y resulta inminente, es posible la renuncia por parte de los familiares de aquellos tratamientos que solamente conducirían a mantener una existencia penosa y precaria, lo que no equivale obviamente al reconocimiento de la Eutanasia que se consagra en el fallo en referencia.

De otro lado, aunque la sentencia de la cual me he separado advierte que la causal justificativa del hecho punible eximente de responsabilidad penal del autor, que se consagra en la providencia -propia de la función legislativa y no de la Corte- depende de la concurrencia de la "voluntad libre del sujeto pasivo del acto", cabe preguntar hasta que punto es espontáneo el consentimiento de un enfermo terminal que frente a los intensos sufrimientos provenientes de su enfermedad, con la angustia, el dolor, la soledad y desesperación en que se encuentra, permite que se le cause la muerte por piedad?. Situaciones como estas, reflejan un marcado y evidente "vicio del consentimiento" que no puede dar lugar jurídicamente a la validez del acto de MATAR PARA ELIMINAR LA RESPONSABILIDAD PENAL de quien lo EJECUTA, consagrando para esto la más reprobable impunidad.

De ahí que la sentencia en referencia, desconoce abiertamente los preceptos constitucionales citados en este salvamento, que lejos de admitir la consagración de la Eutanasia activa para ocasionar la muerte de un enfermo terminal ante el discutible consentimiento espontáneo de éste, consolidó el derecho a la vida como inviolable, al igual que la mayoría de las legislaciones del mundo, las cuales sancionan penalmente el acto de matar con el fin de eliminar los padecimientos que sufre el sujeto pasivo del acto.

En mi concepto la Eutanasia aplicada a un enfermo terminal con su frágil y débil consentimiento, es inconstitucional, afecta el derecho humanitario universal a la vida, constituye un crimen contrario a la dignidad de la persona humana y la prevalencia de una equivocada concepción del libre desarrollo de la personalidad que en la Carta fundamental nunca se consagró como un derecho absoluto, sino limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico (artículo 16 de la Constitución Política de 1991).

Atentamente,

**HERNANDO HERRERA VERGARA**

**MAGISTRADO**

Fecha Ut Supra

## ***Aclaración Especial de voto a la Sentencia C-239/97***

Referencia: Expediente D-1490

Actor: José Eurípides Parra Parra

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 - Código Penal -.

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

1. Con todo respeto procedo a aclarar mi voto. Lo hago porque la parte resolutive de la sentencia no corresponde al texto de la moción sustitutiva que presenté, la cual fue aprobada por seis votos a favor y tres en contra. En otras palabras, la propuesta contenida en la ponencia original fue desechada y, en su lugar, se votó y aprobó la proposición que yo me permití someter a consideración de la Sala Plena. Tampoco, los fundamentos de la sentencia, son congruentes con la decisión adoptada por la Sala Plena. El texto de la sentencia, a mi juicio, ha debido reflejar los argumentos que en la deliberación fueron acogidos por el mayor número de magistrados. Creo que estos argumentos fueron los que expresé y que, lejos de ser refutados por ninguno de los presentes, fueron los que más eco tuvieron en la sesión, hasta el punto de que sobre esa base, al término del debate, propuse una fórmula sustitutiva distinta de la contenida en la ponencia original, y élla fue la que en últimas resultó aprobada.

En la ponencia original se contenía la siguiente parte resolutive:

"Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que cuando en el hecho concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el autor, pues la conducta está justificada. De igual modo, está justificada la conducta descrita en el artículo 327 del Código Penal cuando la ayuda se preste en las circunstancias fácticas que deben acompañar al homicidio piadoso". Con base en los planteamientos que me permití formular en la Sala Plena, propuse una moción sustitutiva de la citada parte resolutive, en los siguientes términos: "Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), salvo en el caso del enfermo terminal cuando manifieste su consentimiento en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia". Mi propuesta, aprobada por seis votos a favor y tres

en contra, tenía un objetivo claro: establecer una unión indisoluble entre la parte resolutive de la sentencia y su parte motiva, de suerte que quedara claramente delimitada la esfera de no punibilidad y establecidos las condiciones y el alcance del consentimiento del paciente que, de acuerdo con mi exposición, no podía jurídicamente validar ni justificar actos vinculados a la eutanasia activa directa. A este respecto, entre otros argumentos, puse de presente, a título ilustrativo, que ni siquiera las leyes más avanzadas en la materia, como por ejemplo la del Estado de Oregon, autorizaban al médico para cometer homicidio piadoso, suicidio asistido, ni toleraban que se administrase al enfermo terminal medicamentos mortales o inyecciones letales, de todo lo cual concluía que en una sentencia interpretativa no podía avanzarse hasta esos extremos. El condicionamiento que la Corte podía efectuar, en mi concepto, debía referirse a hipótesis tales como la eutanasia activa indirecta (medicina paliativa), la eutanasia pasiva y otros supuestos similares en relación con los cuales era oportuno precisar su carácter no criminal. No deja, por tanto de sorprenderme, que la parte resolutive de la sentencia, despenalice el homicidio piadoso cometido por el médico en la persona del enfermo terminal, vale decir, suprima la sanción penal para el supuesto de eutanasia activa directa. La sorpresa es mayor si se repara en que todo esto se lleva a cabo a través de una sentencia judicial y, además, en mi concepto personal, sin tomar en consideración el tenor de la proposición de la parte resolutive aprobada, la que se remitía a la parte motiva, la cual, a partir del cambio introducido por la Sala Plena ha debido recoger las consideraciones expresadas por los magistrados de la mayoría, entre ellas las mías que de manera directa servían de fundamento y explicaban de manera suficiente el alcance de la parte resolutive.

Es claro que ahora me encuentro en la posición paradójica de ser una minoría dentro de la mayoría. Entiendo que se ha producido un accidente histórico que no puede ser explicado en los estrechos linderos de una aclaración de voto, sino en los más amplios de la acrisolada conciencia de mis colegas. En todo caso, no puedo atenerme a otra cosa diferente de todo aquello que dije, ví y escuché en la Sala Plena de la Corporación. En fin de cuentas, en ningún otro lugar, momento o instancia, puede adoptarse una sentencia que sea la sentencia de la Corte Constitucional. Habría sido más cómodo para mí - también menos doloroso -, adherir a la mayoría. En esta ocasión me lo impide mi espíritu firme y mi convicción profunda sobre el contenido y alcance de mis deberes como magistrado de la Corte Constitucional, que me obligan a preferir la soledad de mi voto siempre que a ella la acompañe la verdad.

No encuentro, personalmente, que la sentencia exprese el genuino sentido de la decisión, todo lo cual trasciende la mera inconformidad circunstancial de un magistrado y lesiona a la institución a la cual se debe lealtad, sólo demostrable con un

comportamiento ceñido a la más estricta verdad. Sobre este particular juzgo indispensable transcribir tres comunicaciones que explican el carácter "Especial" de esta aclaración:

"Santa Fe de Bogotá, D. C., Mayo 30 de 1997

Doctor

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Presidente

CORTE CONSTITUCIONAL

Ciudad.

Apreciado Doctor:

En la fecha se me ha presentado para mi firma la sentencia No. C-239/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), cuyo primer numeral reza así:

"Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

Al pie de mi firma acabo de consignar la siguiente frase: "Con aclaración especial de voto". Como Usted podrá recordar, la parte resolutive que obtuvo seis votos a favor y tres en contra, no fue la que se contenía en la ponencia original. Por el contrario, élla fue la que yo presenté y sometí a consideración de la Sala, la cual se refería a los enfermos terminales, pero sin autorizar a los médicos para que en desarrollo de su profesión y con base en el consentimiento de estos últimos, pudieren quedar autorizados para causar su muerte.

La parte resolutive que propuse, como sustitutiva de la contemplada en la ponencia, concretaba en estos términos la salvedad o condicionamiento a la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal: "Salvo en el caso del enfermo terminal cuando manifieste su consentimiento en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia". A este respecto me remito al acta de la sesión en la que, además, se recogen de manera fiel los argumentos que yo expuse y que explican el sentido de la parte resolutive que formulé y que fue mayoritaria y literalmente adoptada por la Sala. Fui claro y terminante, como consta en el acta que el consentimiento del paciente no podía implicar en ningún caso la autorización para

que su médico pudiese violar el deber superior de no matar. Le consta a Usted que, luego de leer a título ilustrativo la Ley del Estado de Oregon, - una de las normativas más progresistas en esta materia y que no obstante condena la eutanasia activa -, señalé que la Corte no podía autorizar al médico para administrar al paciente drogas o inyecciones letales o de excusarle de la comisión de delitos tales como el homicidio piadoso, el suicidio asistido o cualesquiera otros. Adicionalmente, entre otras premisas de mi argumentación, me referí a la medicina paliativa y al concepto de muerte digna en términos absolutamente distintos de los señalados en la ponencia. Mis argumentos y afirmaciones no fueron de ninguna manera refutados ni por el ponente ni por los restantes magistrados de la mayoría. Por el contrario, tuvieron amplio eco, a juzgar por las intervenciones posteriores de tres magistrados de la misma mayoría. Justamente, la parte resolutive que introduje como sustitutiva de la originalmente planteada en la ponencia, tenía vinculación directa con las premisas de mi discurso y a ello se refiere la expresión "en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia", vale decir, sin llegar en ningún caso a conferir al consentimiento del enfermo terminal el alcance de permiso exculpatorio de la muerte directamente producida por el médico. No puedo, por lo tanto, aceptar que se hubiere modificado el texto literal de la parte resolutive, tal y como fue aprobada por la Sala Plena, y que en ella se disponga lo contrario de lo que propuse.

He considerado del caso anticipar a Usted el propósito y sentido de mi aclaración de voto que he llamado "especial", ya que por las circunstancias sobrevenidas - que no acierto cabalmente a entender ni a justificar -, abarcará tanto la parte motiva como la resolutive.

Aprovecho esta ocasión para reiterarle mi renuncia irrevocable del cargo de Vicepresidente de la Corte Constitucional, por los motivos expresados en la pasada sesión de la Sala Plena, de suyo ya graves, y a los cuales adiciono mi rechazo e indignación por el hecho del que me he notificado en el día de hoy. EDUARDO FUENTES MUÑOZ"

Adicionalmente, solicité a la doctora Martha SÁCHICA, Secretaria General de la Corporación, me expresara la verdad de lo acaecido en la Sala.

"Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997)



Doctora

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Corte Constitucional

REF: Sentencia C-239/97

M.P. Carlos Gaviria Díaz Apreciada Doctora:

En la sesión de la Sala Plena en la que se aprobó la sentencia de la referencia, presenté a consideración de los distinguidos magistrados una propuesta para la parte resolutive, diferente de la contenida en la ponencia, expresada en los siguientes términos: "Declarar exequible el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), salvo en el caso del enfermo terminal cuando manifieste su consentimiento en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia".

La moción sustitutiva transcrita, fue sometida a consideración de la Sala y obtuvo seis (6) votos a favor y tres (3) en contra. Los magistrados Gaviria y Arango, votaron a favor, pero advirtieron que lo hacían con aclaración de voto.

Ruego a usted se sirva indicar si los hechos mencionados y, particularmente los relacionados con la aprobación de la parte resolutive en los términos señalados por mí, corresponden a la verdad de lo acaecido en la sesión de Sala Plena.

Cordialmente,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado"

"Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997)

Doctor

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

Corte Constitucional

E. S. D.

REF: Sentencia C-239/97

Respetado señor magistrado:

Con toda atención, me permito dar respuesta a la solicitud formulada en comunicación de la fecha, acerca de lo registrado en el acta correspondiente a la sesión de Sala Plena efectuada el pasado 20 de mayo, en cuanto se refiere a la votación y aprobación de la parte resolutive de la sentencia proferida en el proceso D-1490.

Cabe observar, que ese registro corresponde a las anotaciones realizadas por la suscrita sobre el desarrollo de la sesión y que sirven de apoyo a la transcripción del texto en limpio que debe someterse con posterioridad a la consideración de la Sala.

De acuerdo con ese registro, el presidente sometió a votación la propuesta sustitutiva presentada por usted, que modificaba la parte resolutive original de la ponencia, en cuanto suprimía la propuesta respecto del artículo 327 del Código Penal y en relación con el condicionamiento inicialmente proyectado de la exequibilidad del artículo 326 del mismo Código, el cual, según lo anotado, coincide con los términos señalados en su comunicación y que fue aprobado con seis (6) votos. (Subrayado fuera del texto).

Así mismo, de acuerdo con las anotaciones realizadas por la suscrita, los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa salvaron parcialmente el voto, por cuanto manifestaron su acuerdo con la declaración de exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, pero no con la salvedad que había sido aprobada. De igual manera, se registró la presentación de aclaración de voto por parte de los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Jorge Arango Mejía.

MARTA SACHICA MENDEZ

Secretaria

Secretaria General"

Problemas de argumentación

2. La sentencia de la cual me aparto supone la existencia de un mandato constitucional que prohíbe al legislador sancionar al médico que da muerte a un paciente terminal, en virtud de un pedido consciente e informado de este último. A mi juicio, tal disposición constitucional es inexistente. Por las razones que expongo a continuación, proclamarla, supone desconocer el valor que la Constitución otorga a la vida humana, dotar al derecho al libre desarrollo de la personalidad de una capacidad normativa heterónoma que no le es consustancial, desvirtuar el concepto de solidaridad contenido en la Carta e imprimir a la dignidad, un contenido objetivo difícil de defender desde una perspectiva pluralista.

Una regla inexistente

3. La sentencia justifica el acto homicida que comete el médico en la persona del paciente terminal que para este efecto haya expresado su consentimiento libre y que se encuentre en las condiciones del artículo 326 del Código Penal. En este caso, a juicio de la mayoría, la voluntad libre del sujeto pasivo, sustentada en el artículo 16 de la C.P., tiene el poder jurídico de disponer sobre su vida en el sentido de ponerle directamente término o de autorizar a un tercero - el médico - para que lo haga. La acción del tercero no tendría carácter antijurídico por concurrir la libre voluntad del sujeto pasivo y por tratarse del cumplimiento del deber positivo de solidaridad de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad.

Dado que la ejecución del acto homicida corre por cuenta de un tercero - el médico -, la argumentación ha debido orientarse a demostrar la justificación constitucional del comportamiento de este último en su condición de causante directo de la muerte del paciente terminal. En efecto, la exculpación constitucional de la obligación de no matar, predicable del médico, o si se quiere expresar de otra manera, el permiso o licencia para causar la muerte, en esta situación, reclama una sustentación de la tesis en premisas constitucionales irrefutables. Estas materias ocupan un lugar en la legislación penal, pero como la sentencia ubica el problema y su solución en el plano constitucional, el esfuerzo hermenéutico sólo puede conducir a dos conclusiones: la primera, que se adopta en la sentencia, postula que la controversia se decide tomando la Constitución como fuente directa, puesto que de ella surgiría la regla que resta antijuridicidad al acto de homicidio que realiza el médico como consecuencia de la petición libre del enfermo terminal agobiado por padecimientos extremos; la segunda, que me parece la correcta, no suprime la relevancia jurídica de la Carta como orientadora de sentido de la legislación penal - especialmente por su papel irradiador de toda la normativa infraconstitucional -, no obstante defiere la resolución del problema al legislador histórico por ser una materia que debe ser objeto de un amplio

debate democrático y decidirse a través del Congreso y no de la jurisdicción constitucional, la que debe reservarse como instancia de confrontación constitucional de las alternativas normativas que finalmente se adopten. Esta última posición descarta que de la Constitución pueda hacerse derivar de manera expresa, implícita, a modo de inducción o deducción, una regla según la cual el médico homicida, en el supuesto eutanásico analizado, tenga un derecho constitucional a una dispensa de su responsabilidad penal. La Constitución no es código universal que regule todas las materias y lo haga de manera autosuficiente. De ser así, sobraría la democracia y los jueces de la Constitución, carentes de responsabilidad política y de legitimación, podrían a tenor de su conciencia e impulsos éticos gobernar el país y suplantar a los restantes órganos públicos.

La sentencia que, conforme a lo explicado, ha debido probar que en verdad de la Constitución puede obtenerse directamente la regla que gobierna el caso - siendo este el de la existencia o no de dispensa constitucional para el médico que accede al pedido del enfermo terminal y procede a matarlo -, está atravesada desde el principio hasta el fin por una falacia conocida en el lenguaje retórico con el nombre de "ignoratio elenchi": "La falacia de la ignoratio elenchi (conclusión inatinerente) se comete cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente" (Irving M. Copi, "Introducción a la lógica"). Refiere el autor del manual citado que en alguna ocasión un juez felicitó a un joven abogado por su excelente discurso y expresó la esperanza de que algún día encontrara un caso al cual aplicarlo realmente.

Creo que lo mismo ocurre con la presente sentencia que, de manera recurrente y obsesiva, avanza argumentos para sostener la validez constitucional de la opción de anticipar la muerte por parte del individuo que considera indignas las circunstancias de su existencia, en cuyo caso el Estado debería respetar su decisión, toda vez que entonces la autonomía tendría prioridad sobre la protección de la vida como categoría abstracta. Sostengo que los argumentos y las conclusiones son inatinerentes, puesto que las consideraciones sobre el hecho del suicidio y los elementos que en él intervienen, no son automáticamente trasladables al caso específico objeto de debate. La sentencia, por simple asociación de ideas, produce el salto entre una conclusión y la otra, sin caer en la cuenta de la particularidad y singularidad del tema específico a resolver.

Según la sentencia la voluntad libre del sujeto que le permite optar por el suicidio, es la misma que habilitaría al médico para sustraerse del imperativo penal de no matar y proceder justificadamente a privar de la vida al enfermo terminal. No se hace ninguna distinción a este respecto. La Corte no se plantea el problema de la validez del

consentimiento en este supuesto extremo de eutanasia activa directa. En realidad, una cosa es considerar el suicidio como opción material al alcance del individuo y como hecho bajo su control; otra, muy distinta, la posición del tercero que debe observar la obligación de respetar la vida de las demás personas. En el primer caso, la voluntad libre del sujeto puede decidir poner término a su propia existencia. Podría alegarse que el derecho a la vida no entraña la obligación de vivir, de suerte que nadie puede válidamente oponerse a la decisión autónoma de una persona de ejecutar su propia muerte, sin perjuicio de que sea admisible cierto tipo de intervención disuasiva. En el segundo caso, el consentimiento del sujeto que pide a otro que lo mate, por sí sólo, carece de poder normativo para derogar la obligación legal que pesa sobre el sujeto a quien se dirige el requerimiento y, por consiguiente, no adquiere carácter exculpatorio de la conducta criminal. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, en principio, comprende en su contenido nuclear reglas y acciones autónomas, que por serlo comprometen sólo la esfera personal de su titular. El sujeto autónomo carece de capacidad normativa heterónoma. De la mera autonomía no se deriva autoridad alguna para excluir la responsabilidad penal de terceras personas.

No es difícil concluir que la determinación personal de morir, es diferente de la autorización o petición que se formula a otro para que éste ejecute dicha voluntad. Una cosa es suicidarse. Otra, muy distinta, solicitar que lo maten a uno y la ejecución de este último designio.

Con el objeto de preservar una zona de libertad, exenta de interferencias por parte del Estado, se suelen excluir y anatematizar las medidas de corte paternalista que anulan la autodeterminación individual. Si bajo ciertas circunstancias, la vida pierde valor para el sujeto - se afirma en la sentencia -, no podría el Estado oponerse a la decisión suya de morir dignamente. No obstante, tampoco se llega a distinguir la hipótesis del suicidio, donde las razones de intervención del Estado pueden ser menos vigorosas o hasta inadmisibles e inoperantes, de la situación que se presenta cuando es un tercero quien ejecuta la muerte del paciente. Si se aceptare el "derecho al suicidio", éste sería el resultado o el objeto que pretende lograrse a través del ejercicio del derecho a la vida, entendido como no obligación de vivir. En este supuesto, el derecho a la vida o el libre desarrollo de la personalidad, no incorporan la facultad de exigir y obtener del Estado colaboración precisa e idónea con el objeto de llevar a feliz término el propósito de muerte. Aunque el Estado deba abstenerse de obstaculizar el deseo y la acción del suicida - o deba resignarse ante los hechos cumplidos -, no está obligado por ningún derecho fundamental de éste a secundar positivamente su objetivo. La crítica al paternalismo del Estado sólo puede limitarse a las acciones suyas encaminadas a evitar la muerte infligida por el propio sujeto. De ninguna manera, pesa la obligación sobre el

Estado de ignorar la prohibición de no matar en el caso del médico que causa la muerte al paciente terminal que lo solicita, a fin de colaborar desde el punto de vista jurídico o material con el designio suicida del paciente terminal.

Tomar como presupuesto el carácter pluralista de la sociedad para impedir la interferencia excesiva del Estado frente a decisiones y operaciones íntimas del paciente y, además, alegar que en situaciones límite, el enfermo terminal no está obligado a convertirse en héroe, no son elementos de juicio suficientes para apoyar la tesis de la sentencia. De la protección que la Constitución extiende a la esfera personal y de la premisa "nadie está obligado a ser un héroe", no puede concluirse válidamente: "los médicos pueden matar".

La tensión que puede darse entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la protección de la vida, en una situación extrema como la que se trata en la sentencia, puede decidirse en favor de la autonomía del sujeto que desea optar por la muerte. Este resultado ponderativo entre los dos derechos, no puede mecánicamente predicarse de la tensión que es propia de la controversia constitucional examinada y que se plantea entre la potestad normativa penal del Estado que se expresa en la imposición de la obligación de no matar y la necesidad de que se reconozca por obra y gracia de la Constitución dispensas o justificaciones para exonerar en determinados casos a un profesional de dicha obligación. Aquí los dos polos del conflicto están dados, de un lado, por la protección de la vida por parte del Estado y, del otro, por el modo de cumplimiento de los deberes profesionales por parte del médico. Ciertamente, que se concluya, como lo hace la sentencia, que el suicidio no está prohibido y que la decisión del sujeto a este respecto se impone sobre la protección que normalmente se discierne a la vida, no autoriza para derivar la tesis de que en esas mismas circunstancias la Constitución directamente manda que se justifique o se repute carente de antijuridicidad la acción homicida del galeno que accede al pedido de muerte. El resultado de la oposición virtual entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la protección estatal de la vida, puede traducirse en la no penalización del intento de suicidio; empero, la criminalización de la inducción o ayuda al suicidio demuestra que el resultado de la primera ponderación es limitado y no puede generalizarse sin más a la tensión entre protección de la vida y cumplimiento de los deberes jurídicos o profesionales frente al que desea la muerte y pide que se la causen. En realidad, la extensión indiscriminada del primer resultado de la ponderación, se alimenta de dos ilusiones: la potestad normativa heterónoma del individuo como sujeto moral autónomo (?) y la disolución absoluta del Estado y de su ordenamiento.

La Corte debe cuidarse de establecer jerarquías generales entre los derechos en juego y, en lo posible, está en la obligación de tratar de buscar soluciones armoniosas entre los mismos que eviten su inútil sacrificio. En este sentido, resulta por demás censurable desde el punto de vista hermenéutico que se amplíe el radio de una ponderación entre derechos más allá del campo y del contexto que le pertenece. De otra parte, el balance que arroja una ponderación entre derechos no es fiable si se omiten los múltiples elementos relevantes que integran el problema jurídico a dilucidar.

Como fruto de la ligera ponderación efectuada, resulta, en verdad, muy delgado el hilo que separa la sentencia de una concepción extremadamente voluntarista del derecho a la vida, según la cual éste valdría lo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad quiera que valga y se proyectaría hasta donde éste derecho quiere que se proyecte. En efecto, no es difícil arribar desde el hito marcado, a considerar el derecho a la vida como subordinado al libre desarrollo de la personalidad. No hay que estar inscrito en una concepción sacralizada de la vida, para advertir los riesgos implícitos en una economía de los derechos fundamentales como la propuesta, máxime cuando no se está pidiendo tan sólo el respeto a opciones privadas sino además la colaboración activa en su realización, así ésta vaya en contravía del marco axiológico que inspira el ordenamiento y obliga al Estado y a los asociados.

Cuando se abrió paso en la sala la tesis de abordar el problema de la eutanasia desde un discurso que involucrara el derecho a la vida, frente al lacónico tratamiento de este derecho en la ponencia original, creo, no se pretendía obtener un mayor equilibrio literario, sino por el contrario, que el derecho a la vida también fuese tomado en serio. Paradójicamente, como puede observarse, las mayores alusiones a la vida, si bien son precedidas de su reconocimiento formal como derecho - condición, en la práctica, se han dirigido a opacar su status constitucional hasta someterlo a una excesiva relativización, lo que hacia el futuro genera un precedente que dificultará la debida y adecuada ponderación entre los distintos derechos.

¿Quedaron derogados los deberes del médico? Hacia el solipsismo jurídico

4. La sentencia se refiere a la hipótesis del paciente terminal que padece "dolores insoportables", y que en ese estado pide al médico le ayude a morir. La parte resolutive de la sentencia dispone que en tal caso la conducta del médico autor del homicidio está justificada. El médico, a mi juicio, no podría primeramente dejar de agotar los recursos a su alcance con el objeto de reducir o extinguir los dolores, como lo ordena el conjunto de sus deberes profesionales. En este evento, es posible que los sufrimientos se tornen soportables o se extingan - aunque a riesgo de abreviar la vida del enfermo

terminal como efecto colateral o indirecto de los medicamentos paliativos -, y que al modificarse las circunstancias el médico ya no se encuentre en la causal de justificación a la que se refiere la sentencia de la Corte. Como la Corte, en una sentencia interpretativa, no puede derogar el Código de Ética Médica, ni alterar los principios superiores en los que se inspira esta profesión, la sentencia ha debido puntualizar la necesaria y razonable prioridad de la medicina paliativa, ya que si la vida es insostenible por causa de los "dolores insostenibles", no es posible descartar este tipo de medicina para, en su lugar, acuñar la fórmula desproporcionada de terminar con éstos matando al paciente.

Si, en gracia de discusión, se decidiese jugar en serio la carta que intuye que en la propia Constitución se encierra la disposición jurídica que resuelve el problema planteado, no es acertado suponer que el médico esté en la obligación o en la posición de tramitar neutralmente un pedido de muerte procedente de su adolorido paciente terminal. Si como lo afirma la sentencia, la base constitucional que justifica la acción del médico, es el deber de "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas" (C.P. art. 95-2), resulta insólito que la Constitución Política reserve como dictum que soluciona de fondo la controversia y la sustrae del ámbito de la democracia, la fórmula según la cual la acción misericordiosa que se realiza por conducto del médico debe ser no la de calmar el dolor - como lo sugiere su ética profesional - que es la causa o circunstancia que repudia a la dignidad subjetiva, sino directamente la de segar la vida del paciente. Tesis ésta todavía más inverosímil en un Estado social de derecho que no se construye con sujetos abstractos, sino con seres que se insertan en un contexto social no ajeno a la acción de protección estatal, como es el caso de los enfermos terminales que, sin duda alguna, conforman la categoría de las personas disminuidas físicas o psíquicas merecedoras de especial tutela (C.P. art. 13 y 47).

De ahí que excluir la medicina paliativa en el periplo metafísico que realiza la Corte en pos de la norma constitucional que resuelva definitivamente la cuestión, se haga al precio de desvirtuar el sentido mismo de los deberes de solidaridad que la Constitución ha plasmado en su manifiesto afán por proteger la vida. La acción humanitaria a que alude el artículo 95-2 de la C.P., no puede interpretarse como licencia para matar al afligido, pues aquélla se inscribe en el horizonte de "salvar la vida en peligro". Las conductas posibles cobijadas por el precepto constitucional, en consecuencia, son las que resultan proporcionadas a la situación: si el problema de la dignidad está referido a los extremos padecimientos, ya que la enfermedad es incurable, a todas luces es incongruente imaginar que la Constitución en el citado artículo justifica la muerte del



paciente ocasionada por el médico que ha dejado de agotar antes el instrumental de la medicina paliativa.

Aunque no se discute que en principio todo tratamiento médico debe contar con el consentimiento informado del paciente, de la Constitución Política no se puede deducir un derecho del médico para matar al paciente terminal que solicita la ejecución de esta acción, el cual se exprese a través de una exoneración de su responsabilidad penal dispuesta desde la Carta. A esta conclusión tampoco se llega reproduciendo en el contexto de la relación médico-paciente, el debate sobre la improcedencia del paternalismo estatal en punto a la adopción de medidas obligatorias para procurar mantener la salud o la vida de las personas, como quiera que la acción perfectamente válida del paciente de rehusar un determinado tratamiento, es distinta de la flexibilización o anulación del deber de no matar que vincula al médico.

Y el valor constitucional de la vida humana?

5. Se destaca en la sentencia cómo en un Estado no confesional y pluralista, la concepción universal de la vida corresponde a su consideración como bien valioso, diferente de la idea de santidad de la vida, predominante en el terreno religioso. Pero, ¿Qué significa que la vida sea valiosa en un contexto secular? La sentencia no responde a la pregunta. Más bien se fija en la oposición entre concepción sacral y secular de la vida, con el único propósito de descalificar implícitamente, como activismo religioso contrario al pluralismo, las perspectivas que busquen una protección de la vida en sentido fuerte y, además, para afirmar la posibilidad de relativizar la vida, lo que se refuerza a través de la apelación genérica a algunas excepciones legítimas al principio de inviolabilidad de la vida, como son las causales de justificación (legítima defensa, etc...).

Sin duda alguna, nuestro modelo constitucional corresponde al de un Estado no confesional y pluralista, en el cual, la fundamentación ética de los derechos no se construye, por lo general, sobre la base de máximos. Esta opción, en cambio, sí cabe en el campo de la cultura y de la sociedad para las personas que se identifican con las diferentes cosmovisiones religiosas, sociales o personales que se alimentan de parámetros morales más exigentes.

Ahora bien, lo anterior no es suficiente para acoger, sin más, la distinción atribuida a Ronald Dworkin, en un contexto normativo distinto, porque en nuestro caso, es la misma Constitución Colombiana y no una autoridad religiosa, la que abunda en disposiciones en pro de la vida que configuran un espectro protector muy denso y exigente, que puede ser menor al deparado por las cosmovisiones religiosas, pero que en todo caso, resulta especialmente intenso. Una Constitución, la más pluralista que

hemos tenido en nuestra historia republicana, ha apostado al derecho a la vida, en parte, por la desvalorización de este derecho en nuestro entorno cotidiano. Lo anterior hace incomprensible, la falta de rigor en la argumentación que denota la sentencia.

Se acude a la acumulación escalonada de circunstancias, ciertamente dramáticas, tales como la inminencia de la muerte, los intensos dolores del paciente, su consentimiento, etc..., frente a las cuales la causación anticipada de la muerte y la intervención de un tercero en ella no son la única solución. De hecho, el debate público se centra en las diferentes actitudes éticas y legales frente a tales hechos. Así, pretender que la simple suma de circunstancias penosas sea suficiente para justificar la habilitación a un tercero con el objeto de que éste propine la muerte, es desconocer la radicalidad del problema. Para llegar a una solución como la dada, antes se ha debido fundamentar este traspaso de poder para la muerte, entre otros aspectos, frente al principio de inalienabilidad de los derechos, frente a los deberes en favor de la vida que obligan al tercero y frente a la cláusula de efectividad que favorece en casos de conflicto entre derechos, la solución que propenda la máxima protección de todos los derechos en juego.

Una nueva versión de la dignidad?

6. La Corte ha dejado de lado en su análisis numerosos aspectos que resultan esenciales en una aproximación seria y reflexiva sobre el tema. En este sentido, es importante, por ejemplo, poner de presente las inquietudes que su lectura produce en relación con el discurso constitucional sobre la dignidad humana y sobre el sentido de la medicina en un Estado Social de Derecho.

**Preocupa la facilidad con que se tiende a objetivizar las circunstancias de pérdida de calidad de vida, como situaciones de indignidad. Se olvida que el proceso de muerte y el decaimiento de la existencia no son fenómenos de inhumanidad. El ser humano es, por esencia, un ser que sabe que ha de morir, que está condenado a morir, que es un ser para la muerte (Sein zum Tode). Tal vez a causa de esta consciencia desgraciada, la humanidad sobre todo a partir de la modernidad, se resiste ante la vejez, el dolor, la enfermedad y la muerte. Los tabúes culturales llegan hasta el punto de tratar a la enfermedad y a la muerte como entidades ajenas, como seres invasores que se pretenden negar, cuando no controlar o manejar. Es apenas natural que luchemos contra los rigores del declinar de los años y, en valorar las circunstancias en las que la vida aflora con mayor vitalidad, pero negar humanidad al retraimiento natural de la existencia, equivaldría a negar al ser humano como naturaleza. El carácter central de la dignidad humana, sin duda alguna apunta primariamente a garantizar la construcción y proyección**

del sujeto moral en pleno uso de sus facultades vitales y morales. Pero también, la dignidad humana es algo más que esto. No se agota en el sujeto autónomo, apela también a un concepto más amplio de humanidad que cubre su declinar hasta su último fin. La dignidad como valor objetivo acompaña a la persona, independientemente de sus vicisitudes. La ecuación que plantea la sentencia entre calidad de vida y dignidad, más allá del desiderátum que la alienta, no posee siempre valor absoluto, puesto que de tenerlo, quienes se encuentran en idénticas circunstancias a las del paciente terminal, habiendo manifestado su voluntad en un sentido pro-vida, enfrentarían la creciente amenaza de la infravaloración social de su condición. Aparte de que el consentimiento del enfermo terminal sujeto a extremos padecimientos, resulta por las condiciones en que se emite difícilmente estimable como portador de una voluntad libre y no interferida lo que impide clausurar del todo medidas del tipo paternalista -, la construcción social de la dignidad exclusivamente en términos de calidad de vida, coadyuva a inducir una subestimación subjetiva de impredecibles consecuencias, particularmente después de que la regla jurídica induce patrones de normalización de conductas antes vedadas. Lo anterior demuestra la complejidad de este asunto y la necesidad de que a través del proceso democrático se lleve a cabo una ponderación reflexiva de todos los factores que deben atenderse con el fin de adoptar una decisión que esté a la altura del problema. Una ponderación ajustada a criterios hermenéuticos adecuados y a la función del juez constitucional en una sociedad democrática

7. Demostrado el vano empeño de construir ex constitutione una regla en virtud de la cual se justifique la conducta del médico que, previa petición del enfermo terminal víctima de intensos dolores, le causa la muerte, sólo resta señalar que la definición del punto es una cuestión eminentemente legislativa. La Corte Constitucional está dando por existente una regla que no está en la Constitución. Sin perjuicio de las pautas generales que surgen de la Carta, la materia penal pertenece a la reserva del legislador y, lo contrario, vulneraría gravemente el principio democrático. El activismo de la Corte Constitucional está plenamente justificado allí donde las reglas constitucionales existen y puede extraerse de ellas un claro significado deóntico, así este sea general y requiera posterior desarrollo normativo. Cuando estas condiciones no se reúnen, la Corte entra en el campo del decisionismo y abandona su función jurisdiccional con manifiesto menoscabo

**de la legitimidad democrática cuya intangibilidad debería mantener. La ley en materia de eutanasia, tema intrincado como pocos, puede estudiar distintas fórmulas y ensayar diferentes aproximaciones. Aún desde el plano de la prudencia, no es conveniente que sea la Corte Constitucional la que produzca las innovaciones en el ordenamiento.**

Por lo anterior mi propuesta a la Sala Plena, descartaba de plano la eutanasia activa directa, y se circunscribía a salvar de la hipótesis del homicidio piadoso la conducta del médico comprometido en terapias paliativas solicitadas por el paciente terminal consciente de las consecuencias indirectas asociadas a éstas. Si como consecuencia de los medicamentos paliativos, perecía el paciente, creía importante indicar que este supuesto no podía ser objeto de sanción penal por no constituir homicidio. En este sentido, el condicionamiento de la sentencia habría tenido ante todo carácter aclaratorio, puesto que el comportamiento señalado desde el punto de vista legal no está cubierto por el tipo. A veces razones de seguridad jurídica, no estrictamente ligadas a consideraciones de dogmática penal, hacen procedente este tipo de condicionamientos.

La doctrina constitucional de la Corte relativa al consentimiento informado del paciente, de otro lado, ofrecía a la Corte la oportunidad de precisar supuestos de eutanasia pasiva voluntaria, que adicionados con la medicina paliativa libremente solicitada por el paciente, conformaban un bloque de conductas médicas sobre las cuales resultaba necesario y conveniente que se hiciera claridad sobre su ausencia de reprochabilidad penal. Una interpretación sistemática e integradora de las normas del Código de Ética médica (Ley 23 de 1981), a la luz de la Constitución Política, permite afirmar que los supuestos mencionados tienen fundamento legal y que, por consiguiente, la Corte al aludir a ellos en modo alguno está dictando nuevas normas, sino delimitando la conducta que conforme a la ley se encuentra sujeta a sanción penal.

No obstante, cuando la Corte en la parte resolutive se refiere a la eutanasia activa directa, claramente está adicionando el ordenamiento jurídico con un supuesto eutanásico que no existía antes, salvo bajo la forma de conducta prohibida por el mismo tipo penal del homicidio piadoso y el de la inducción o ayuda al suicidio. La sentencia se queda corta en la demostración de la existencia de un imaginario derecho constitucional a la eutanasia activa directa y de la correlativa dispensa o exoneración constitucional de la conducta homicida del médico frente a la prohibición general de no matar. Por consiguiente, la sanción aplicable a los actos de eutanasia activa directa, dispuesta en la ley penal, no podía ser objeto de despenalización por parte del juez

constitucional. Corresponde al Congreso, reitero, regular la materia. La Corte debería haberse reservado para el examen ulterior que en su oportunidad podría acometer.

8. Como quiera que me limito a suscribir la sentencia sólo en relación con la exclusión de toda sanción penal para los médicos que, plena y libremente facultados por sus pacientes terminales expuestos a intensos sufrimientos, realicen actos vinculados a la eutanasia activa indirecta (medicina paliativa), me permito a continuación justificar la constitucionalidad de esta modalidad eutanásica, la cual junto a la eutanasia pasiva libremente asumida, han debido ser las únicas excluidas de reproche penal.

Se trata de la conducta del médico que, a solicitud del paciente terminal, con el objeto de abreviar sus intensos sufrimientos, procura soluciones indicadas por la ciencia médica dirigidas a aminorarlos aunque a la postre éstos mismos precipiten su muerte.

En un determinado estadio de evolución de ciertas enfermedades incurables, la persona es presa de agudos dolores, cuyas causas profundas no pueden ser removidas por ausencia de conocimientos y medios de sanación. En esta situación, el profesional de la medicina, luego de agotar los recursos a su alcance, no puede ir más allá de proveer paliativos a su paciente y, prudencialmente, abstenerse de aplicar técnicas de sostenimiento que sirvan para prolongar sin ninguna utilidad su proceso vital.

La decisión del paciente de rehusar en todo o en parte las terapias y medicamentos que se le ofrezcan, siempre que sea capaz y consciente, tiene plena validez y se sustenta en su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Este aserto se sostiene aún con más fuerza cuando el rechazo se expone en las condiciones del supuesto objeto de análisis. El enfermo terminal, víctima de extremos sufrimientos, que carece de toda perspectiva de curación, bien puede oponerse a la intervención médica y optar por abreviar su existencia.

El dolor humano convoca la solidaridad y exige respuestas de la comunidad, que no puede soslayarlo ni hundirlo en el silencio cada vez que no le sea posible resolver sus causas o mitigar sus efectos. Sin embargo, el sufrimiento excesivo, por sí sólo, es incapaz de disolver los vínculos esenciales de sociabilidad que se expresan en la prohibición de no matar. Esta verdad abstracta, en un país como Colombia en el cual buena parte de la población se debate en la penuria y no alcanza a estar cubierta por los servicios básicos de salud, adquiere una connotación concreta que trasciende las consideraciones que se apoyan en la conservación del orden público. La integración social mínima que garantiza la existencia de un pueblo, podría fácilmente desaparecer si después de cierto umbral de sufrimiento somático o de otra índole, el consentimiento

de la víctima fuese suficiente para privarlo de su vida sin consecuencias para su agente. No se trata de sugerir una respuesta que proclame los antídotos de la masedumbre o del estoicismo. A la petición que desborda los márgenes de lo posible fáctico o jurídico, deberá responderse prontamente desde una solidaridad humana comprometida y militante y hasta el límite de lo que en cada momento histórico sea posible jurídica y materialmente.

Se torna necesario establecer cuál puede ser la pretensión válida que puede elevarse al médico y que éste podría en la actualidad lícitamente ejecutar. La petición del paciente terminal, enmarcada en una relación de servicios profesionales que tiene en el otro extremo al médico, necesariamente habrá de interpretarse confiriéndole al consentimiento expresado un sentido que sea útil y plausible. En estas condiciones, restarle toda significación a la voluntad del paciente equivaldría a desconocer su autonomía y, en particular, su derecho a expresar en el contexto de la relación médico-paciente su consentimiento informado.

El pedido del paciente terminal de que se produzca la extinción de su vida, coloca al médico en el deber de abstenerse de emprender o mantener todos aquellos procedimientos enderezados a prolongarla. El paciente, plenamente capaz y suficientemente informado, puede rehusar todo tratamiento clínico y ayuda médica encaminados a lograr su mantenimiento o extensión artificial. La abstención del médico, en este caso, no tiene ninguna connotación criminal, puesto que la muerte se produce por causa de la enfermedad. El paciente, de otro lado, no incurre en suicidio. Su propósito último no es otro distinto del dejar de oponer resistencia a la muerte inminente.

La solicitud del paciente terminal, dirigida a que se abrevie su fin, se orienta a que se reduzca la carga de sufrimientos y padecimientos que resultan vanos en la medida en que los esfuerzos médicos objetivamente se revelen inidóneos para curar la enfermedad que lo aqueja y que tiene carácter irreversible. Si efectivamente la curación se encuentra descartada, la medicina tiene que asumir en este trance un signo diferente del que la caracteriza de ordinario. Su función, en efecto, no será la de restablecer la salud del enfermo, sino la de ayudarlo a tener una muerte digna y a mitigarle, hasta donde sea posible, el dolor que se apodera de su cuerpo.

Las drogas que se suministran al enfermo con el objeto de combatir el dolor, suelen tener efectos indirectos o colaterales negativos para su salud, que en muchos casos son mortales. Si la medicina no puede ya controlar la enfermedad del paciente terminal, no puede negarse a luchar contra las manifestaciones de dolor que cruelmente se

apoderan de aquél en sus fases críticas, aún a riesgo de minar con las medicamentos suministrados su ya menguada salud y provocar de manera indirecta su deceso.

La sopesación que inicialmente ha hecho el paciente y que luego el médico refrenda, entre la reducción de la vida - la que se produce como efecto de los sedantes y drogas administradas para calmar el dolor -, y, de otra parte, la mejor calidad de vida del último tramo de existencia, no puede ser objetada. La alternativa sería la de reunir en un sólo destino la fatalidad de la muerte con la prolongación inmisericorde de enormes padecimientos, o simplemente aceptar la ingestión de una droga letal, que tendría connotaciones típicamente penales de acuerdo con el derecho positivo penal vigente en el país.

A pesar de que los analgésicos o drogas suministradas al paciente con el fin de aliviar sus dolores, contribuyan o constituyan la causa eficiente de su muerte, el propósito que anima la acción médica no resulta asimilable a la intención homicida o de apoyo al suicidio y, por lo tanto, no podrá ser objeto de reproche alguno. El consentimiento informado del paciente que conoce el efecto colateral o indirecto de la acción médica enderezada a paliar las sensaciones dolorosas que acompañan a un mal incurable, igualmente impide que pueda imputarse al médico la responsabilidad por el deceso que eventualmente pueda desencadenarse. Desde la esfera del individuo, su autonomía garantizada constitucionalmente, ampara la decisión suya de obtener alivio a sus dolores a costa de ver reducida su existencia o incrementados los riesgos de muerte.

La respuesta médica descrita, por ahora, es la única que jurídica y científicamente puede darse al paciente terminal agobiado por intensos sufrimientos que requiere se ponga término a sus padecimientos, y ella es igualmente la única que puede ensayarse a su pedido de muerte, justamente por excluir la eutanasia activa directa, el homicidio piadoso, la asistencia al suicidio y la administración de una droga o inyección letal. Actualmente, el derecho no reconoce validez a los pactos en cuya virtud se dispone de la vida y de la libertad, gracias a los cuales una persona, por la decisión libre de otra, queda facultada para matar a esta última o para someterla integralmente a su servidumbre.

La vida de las personas es un bien objeto de una especial protección por parte del Estado. La Constitución reconoce a todas las personas el derecho a la vida. De este derecho surgen exigencias amparadas por el ordenamiento que, a su turno, representan obligaciones para el Estado y las demás personas, la principal de las cuales se expresa en la prohibición del homicidio regulada en el Código Penal. La vida como valor superior del orden constitucional no sólo genera obligaciones de abstención a cargo del Estado y de la sociedad, sino que es fuente de una serie de acciones positivas

que amplían la misión de las instituciones. La tutela de la vida y de la dignidad que le es consustancial, explica que en el Estado social de derecho uno de sus principales cometidos, aparte del clásico de velar por la seguridad de las personas, sea el de prestar los servicios de salud y de seguridad social, sin mencionar un sinnúmero de prestaciones a su cargo cuyo propósito no es otro distinto que el de proteger la vida y dignificar la existencia.

Si en las circunstancias presentes, la acción protectora del Estado, frente al enfermo terminal, puede eventualmente secundar, del modo indicado, su deseo de abreviar su existencia, es porque se reúnen una serie de factores que en su conjunto demuestran que esta solución es la que mejor consulta el libre desarrollo de la personalidad del paciente, promueve de mejor manera sus intereses y garantiza objetivamente la tutela de la vida en condiciones de dignidad:

(1) La protección de la vida debe colocarse en el límite de lo posible. Si la enfermedad es incurable e irreversible y sólo el epifenómeno del dolor es controlable, no es cuestionable que la respuesta estatal o privada se limite a paliar éste último, no obstante que los riesgos de extinción de la vida se acrecienten como consecuencia de su administración. En esta situación, entre dos males uno de los cuales es insuperable y el otro no, la opción por concentrar la atención médica en éste es razonable y legítima.

(2) La autonomía del individuo válidamente puede reclamar para sí la elección entre las alternativas que en caso de enfermedad terminal seguida de intensos sufrimientos se ofrecen al paciente. La no aplicación o suspensión de técnicas de mantenimiento o prolongación de la vida, siempre que medie su pleno consentimiento informado, descubre la intención legítima del paciente de morir de muerte natural, impidiendo que la prolongación de la vida entrañe sufrimientos, molestias y cargas adicionales, que en las circunstancias de una enfermedad terminal puede aquél considerar injustificados. El Estado y el médico tendrán que respetar y acatar la opción del paciente, puesto que ni uno ni otro tienen la obligación ni el derecho de prolongar, sin autorización del paciente, artificialmente su existencia, y menos todavía la de alargar infructuosamente sus padecimientos. Si se hace caso omiso de la voluntad del paciente terminal, proseguir el tratamiento y las terapias de mantenimiento, pese a su oposición, conduce a la situación inadmisiblemente constitucionalmente de plantear sobre un cuerpo extraño pretensiones de dominio y de intervención que anulan la autonomía y los derechos de su esfera privada e íntima de la persona a la que le pertenece.

(3) El deber personal de procurar el cuidado integral de su salud (C.P. art. 49), no comporta, en el caso del enfermo terminal víctima de intensos sufrimientos, la obligación de acceder a la prolongación artificial de su existencia y de sus dolores. Por



el contrario, ante la imposibilidad de ver restablecida su salud, ante la inminencia de la muerte, el concepto de salud que puede reivindicarse es aquél que se propone atenuar o suprimir los dolores asociados a la enfermedad terminal. El Estado no podría exigir al paciente, contra su voluntad, que asumiese una conducta pasiva frente a los tratamientos médicos.

(4) En los términos del artículos 13 y 47 de la C.P., los enfermos terminales víctimas de extremos padecimientos entran bajo la órbita de protección del Estado. El deber especial de cuidado y protección a cargo del Estado, dada la inminencia de la muerte y la imposibilidad de curación, se restringe al ámbito de lo posible que, en este caso, necesariamente comprende la asistencia médica y psicológica dirigida a reducir la intensidad de los padecimientos de los pacientes terminales. La imposición de tratamientos que el paciente rechaza y que aumentan su sufrimiento, no corresponde a la mejor manera de cumplir con este cometido. Entre los recursos que el Estado destina a la atención del servicio de salud, una parte debe orientarse a los servicios de apoyo médico y psicológico en favor de los enfermos terminales que requieran de una asistencia especial enfocada a mitigar sus sufrimientos. El derecho de opción mencionado será utópico para una parte de la población colombiana, si el Estado desatiende este tipo de servicios que contribuyen de manera significativa a dignificar las condiciones de vida de los enfermos terminales. La atención de la salud como derecho prestacional no se limita a las tareas preventivas y curativas propiamente dichas. Incorpora también el cúmulo de acciones que alivian el dolor de los incurables. El deber de especial protección referido a los enfermos terminales, obliga a tomar en consideración la metodología que inspira la tutela de ciertas categorías de personas. El patrón al cual invariablemente se recurre es el de promover aquellas acciones que objetivamente mejor contribuyan al bienestar físico o psíquico de los miembros de la categoría en cuestión. Si concurre el consentimiento informado del paciente, no cabe duda de que en estas circunstancias, la supresión del dolor, aunque indirectamente pueda repercutir en su muerte de suyo inminente, descarga angustias y tensiones y así se logra una mejor calidad de vida.

(5) Para el Estado no puede ser indiferente la calidad de vida del paciente terminal. De hecho, la protección de la vida, por sí sola, no es suficiente ni agota el campo de lo que se exige de un Estado social de derecho. La vida es el presupuesto de la libertad y la realización de cada individuo. La dignificación de la existencia no es fruto silvestre. Ella es el resultado y a la vez el horizonte de la brega diaria del sujeto que obra en el mundo y que se construye con el material de sus múltiples hallazgos, encuentros y experiencias. La muerte es un capítulo que tarde o temprano cierra el decurso vital de los humanos, como antes otros eventos también se erigieron en hitos de su existencia.

El hombre puede llegar a este momento con sentimientos y pensamientos diversos. Mientras algunos se han preparado para aceptar pacífica y tranquilamente este desenlace de la vida, es posible que otros afronten la muerte con pavor y angustia infinitas. La supresión o aminoración del dolor o el retiro del instrumental médico, en la frontera de la muerte, no es pretensión que pueda ser coartada por el Estado, si ella es decidida por la persona que desea hacer su tránsito sin el lastre de un dolor que le impide experimentar la condición indeleble de su ser y despedirse a su modo de los suyos y de lo que su mirada quiere guardar.

(6) Una cosa es el acto intencionalmente dirigido a causar la muerte, como ocurre con la aplicación de una inyección letal, hasta antes de la sentencia de la Corte prohibida por la ley penal. Otra muy diferente es aquella intervención que se orienta a paliar el dolor, pero que consecuentemente abrevia o incrementa los riesgos de muerte del paciente. La irreversibilidad de la enfermedad terminal autoriza la disociación de las manifestaciones somáticas a fin de intentar controlar aquellas respecto de las cuales la ciencia mantiene su dominio, incluso a riesgo de precipitar el deceso del paciente. Este tipo de eutanasia, en procura de su finalidad primaria, está abierto a la vida y constituye un procedimiento proporcionado y razonable en el contexto del proceso de muerte. En sentido contrario, los métodos letales causan de modo directo y necesario la muerte del paciente, sin dar oportunidad a una repentina recesión de la enfermedad o a un eventual cambio en el consentimiento de aquél. Los otros procedimientos, en cambio, así coadyuvan a la aceleración de la muerte, como efecto secundario, no anulan el rigor de la enfermedad terminal como parte integrante principal del complejo causal de aquélla.

9. La aclaración o condicionamiento referido a la eutanasia activa indirecta (medicina paliativa), a mi juicio, es la única que por su sentido integrativo de la legislación existente, tiene sólido fundamento constitucional. La consagración de la eutanasia activa directa, corresponde a una auténtica novedad normativa, que no ha debido legitimarse al margen del proceso democrático, máxime si de la Constitución Política no surge ni se prefigura mandato alguno que obligue a su establecimiento forzoso o que sancione su falta de entronización.

El juez constitucional no debe ignorar que la Constitución Política, instrumento en el que se recogen los principios, valores y reglas superiores del ordenamiento jurídico, constituye ante todo un marco supremo de referencia que se orienta a dar forma y conferir sentido a la vida estatal y comunitaria. Por tener esta pretensión, la Constitución está dotada de suficiente apertura a fin de garantizar la existencia de un proceso político libre y creativo y, al mismo tiempo, de la necesaria elasticidad para

governar una sociedad que evoluciona de manera incesante en todos los campos. Cuando se presenta una controversia constitucional, la función de la Corte es la de establecer, en primer término, si el asunto fue sustraído por el constituyente del debate democrático y decidido directamente por él en la Carta o si pertenece a éste último, en cuyo caso la Constitución se mantiene como pauta general orientadora de sentido en su carácter de norma de normas. De ahí que dentro del marco de la Constitución y de sus directrices y orientaciones, la actividad configuradora del ordenamiento recaiga en una medida apreciable en el legislador.

La Constitución no decide el punto de la responsabilidad penal del médico que mata al paciente terminal agobiado por sus intensos padecimientos. Esta es una materia que debe definirse a través del proceso político y de sus cauces institucionales y respecto de la cual caben distintas políticas y alternativas normativas, incluso opuestas. La opción tomada por el legislador de penalizar la eutanasia activa directa con una pena benigna, no puede negarse que corresponda a una legítima postura normativa que no se opone a los principios constitucionales y que resulta de una ponderación razonable hecha por éste entre la intangibilidad de la vida - que quiso mantener - y la necesidad de reconocer las circunstancias y motivos del hecho.

De la Constitución no puede deducirse la existencia de una orden o mandato dirigido al Congreso en el sentido de despenalizar en determinados casos el homicidio piadoso, lo que bien puede hacer la ley cuando lo juzgue apropiado y en las condiciones que determine oportuno señalar, luego de lo cual, la Corte podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la política adoptada. Lo que esta Corte no puede hacer es imponer una política de despenalización del homicidio piadoso que directamente no ordena la Constitución Política, que en este punto no ha configurado ni prefigurado norma alguna, pretermitiendo el proceso democrático y desconociendo los órdenes de competencia, ellos sí establecidos en la Constitución política y cuya preservación corresponde a una de sus misiones esenciales. El exhorto que se hace al Congreso, aunque puede parecer un llamado para que éste ejercite la potestad reglamentaria en relación con la decisión de despenalización ya tomada por la Corte, detalla los múltiples elementos a tener en cuenta y la complejidad que puede comportar una política de este género, lo cual abona la idea de que decisiones normativas de esta naturaleza no se encuentran prefijadas en la Constitución.

Por lo demás, en modo alguno desconozco el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el ámbito de protección que éste abarca. En el artículo 16 de la C.P., se consagra la cláusula general de libertad y se modela el sujeto autónomo. Sin embargo, derivar de dicho artículo la regla que inhibiría al legislador penal para castigar

la eutanasia activa directa, simplemente porque el sujeto moral libre ha dado su consentimiento, es omitir la lectura de más de la mitad de la norma y convertir el libre desarrollo de la personalidad en solipsismo avasallador de todo el orden jurídico. Este camino interpretativo se abandona a las especulaciones de un orden moral abstracto y renuncia a notificarse de la complejidad de la realidad subyacente a la norma jurídica y de la necesidad de argumentar con base en premisas constitucionales. Sólo así se explica que todo el orden jurídico sucumba ante la voluntad del "sujeto - moral". to a la Sentencia C-239/97

Referencia: Expediente D-1490

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 - Código Penal -.

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 cuadraplégicos, v.gr., a quienes debería comprender la posibilidad de optar por una muerte digna, si juzgan abrumador su padecimiento.

Tales discrepancias son significativas, pero resultan subalternas frente al acuerdo logrado en torno a la tesis central que informa la sentencia.

Fecha ut supra.

JORGE ARANGO MEJIA

CARLOS GAVIRIA DIAZ