

**HOMICIDIO POR PIEDAD Y DERECHO A MORIR DIGNAMENTE: TAREAS
PENDIENTES MÁS ALLÁ DEL POPULISMO LEGISLATIVO**



JUAN PABLO ARISTIZABAL RAMÍREZ

CC. 1.053.832.269

Trabajo de grado para optar al título de especialista en sistema procesal penal

Coordinador:

JORGE EDUARDO MISSAS GÓMEZ

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN SISTEMA PROCESAL PENAL

MANIZALES – CALDAS

2021

**HOMICIDIO POR PIEDAD Y DERECHO A MORIR DIGNAMENTE: TAREAS
PENDIENTES MÁS ALLÁ DEL POPULISMO LEGISLATIVO**

MERCY KILLING AND THE RIGHT TO DIE WITH DIGNITY: UNFINISHED
BUSINESS BEYOND LEGISLATIVE POPULISM

JUAN PABLO ARISTIZABAL RAMÍREZ

Resumen: La Constitución Política de Colombia de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la dignidad humana y en la solidaridad de las personas que la integran; así mismo consagra que el derecho a la vida es inviolable y que nadie será sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos, o degradantes. Estos preceptos constitucionales fundamentan el objeto de estudio: El derecho a morir dignamente y su correlación con el homicidio por piedad contemplado en el artículo 106 del Código Penal Colombiano.

En concordancia, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C -239 de 1997, consideró que no existe responsabilidad penal en aquellos casos en los que el homicidio pietístico sea practicado por un médico a enfermos terminales que han expresado claramente su voluntad de morir. A partir de allí y por la misma vía jurisprudencial se han dado modificaciones y avances en la materia, pero pese a que desde entonces y en distintas providencias el Máximo Tribunal ha ordenado al legislativo regular en diferentes aspectos el derecho a morir dignamente, más allá del populismo legislativo esto continúa siendo un trabajo pendiente.

El propósito de este artículo es identificar cuáles son las tareas pendientes en materia legislativa para regular de manera integral el derecho a morir dignamente; pues existe un limbo normativo que no sólo hace gravosa la interpretación del artículo 106 del Código Penal, sino que además se convierte en una barrera para el acceso efectivo a este derecho.

Palabras Claves: Constitución Política, Estado Social de Derecho, dignidad humana, derecho a morir dignamente, homicidio por piedad.

Abstract: The Colombian Constitution of 1991 establishes that Colombia is a social state based on the rule of law, founded on respect for human dignity and solidarity among its members. It also establishes that the right to life is inviolable and that no one shall be subjected to torture or cruel, inhuman, or degrading treatment. These constitutional precepts are the basis for the object of study: The right to die with dignity and its correlation with the mercy killing contemplated in article 106 of the Colombian Penal Code.

Accordingly, the Colombian Constitutional Court in its ruling C-239 of 1997, considered that there is no criminal liability when a pietistic homicide is practiced by a physician to terminally ill patients who have clearly expressed their will to die. Since then and through the same jurisprudence, there have been modifications and advances in the matter. However, despite the multiple decisions in which the Constitutional Court has ordered the legislature to regulate the right to die with dignity, beyond legislative populism, this continues to be a pending work.

The purpose of this article is to identify the pending legislative tasks to comprehensively regulate the right to die with dignity. Since there is a regulatory limbo that not only makes the interpretation of article 106 of the Penal Code burdensome, but also becomes a barrier to effective access to this right.

Keywords: Colombian Constitution, social rule of law, human dignity, right to die with dignity, mercy killing.

INTRODUCCIÓN

En el año 1997, a través de sentencia C- 239, la Corte Constitucional Colombiana se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 326 del Código Penal vigente para ese entonces (Decreto 100 de 1980), que contenía el tipo penal de homicidio por piedad y en su tenor literal decía: “El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

En dicha providencia el Máximo tribunal declaró la exequibilidad de la norma en mención, disponiendo que no habría lugar a responsabilidad penal cuando el sujeto pasivo del acto consintiera en ello, padeciera una enfermedad terminal, y un médico interviniera en el proceso. Así mismo, elevó a categoría de derecho fundamental el derecho a morir dignamente y ordenó al Congreso de la República regularlo de manera integral.

En el año 2014, sin que el legislativo hubiere adoptado dicha regulación, la misma Corporación se volvió a pronunciar sobre el tema a través de sentencia T- 970, en la cual reconoce que esa falta de regulación legal en la materia impide la garantía efectiva del derecho a morir dignamente, y en virtud de ello establece otras pausas normativas para garantizar su materialización, emite algunas órdenes al Ministerio de Salud en lo de su competencia, y nuevamente exhorta al Congreso de la República a regular este derecho fundamental tomando en consideración los criterios establecidos en dicha providencia.

Recientemente, en sentencia C-233 de 2021, la Corte Constitucional modificó los lineamientos establecidos en la providencia anterior y reiteró su exhortación al Congreso de la República para que regule integralmente la materia a través de una ley estatutaria, señalando que los pronunciamientos jurisprudenciales de ninguna manera sustituyen tal regulación.

Lo anterior evidencia que las exhortaciones dirigidas por el Máximo Tribunal al Congreso de la República han sido infructuosas, de manera que para el año 2021 se han presentado 18 proyectos para la regulación del derecho a morir dignamente (Corte Constitucional, 2021), sin que ninguno de ellos haya conseguido convertirse en ley de la república, quizá porque se trata del populismo legislativo que tanto aqueja a esta rama del poder público, más que de verdaderos intentos por acatar los lineamientos y exhortaciones jurisprudenciales en la materia. En razón a ello, el objetivo general del presente artículo, de tipo cualitativo, será identificar cuáles son las tareas pendientes en materia legislativa para regular el derecho a morir dignamente.

Lo anterior se justifica en la necesidad de que la academia jurídica, lejos del populismo legislativo, elabore aportes teórico – prácticos a la solución del problema descrito, pues a 24 años del primer avance jurisprudencial en este tema, el derecho a morir dignamente sigue careciendo de una regulación legal y encuentra barreras en su materialización, lo que resulta inadmisibles en un Estado Social de Derecho que tiene como principio rector la dignidad humana y en el que el derecho a la vida es inviolable.

En el mismo sentido, lo anterior trasciende a la esfera penal por su intrínseca relación con el homicidio por piedad tipificado en el artículo 106 del Código Penal Colombiano, pero también porque, dada la trascendencia y el trasfondo constitucional que tiene el derecho fundamental a morir dignamente, el derecho penal del Estado Social de Derecho no puede ser indiferente a ello, máxime bajo la cláusula de supraconstitucionalidad que lo cobija; por ello, cabe decirlo desde ya, el presente escrito es también un respaldo a la constitucionalización del sistema procesal penal.

Ahora bien, para cumplir con el objetivo general del presente, es preciso cumplir previamente con unos objetivos específicos que son: (i) Analizar el Desarrollo Jurisprudencial en materia regulatoria del Derecho a morir dignamente y su correlación con el homicidio por piedad; (ii)

revisar algunos proyectos legislativos que se han presentado en materia regulatoria del derecho a morir dignamente; (iii) Determinar yerros en los proyectos legislativos, en relación al desarrollo jurisprudencial del derecho a morir dignamente y su correlación con el homicidio por piedad.

Así las cosas, el primer capítulo de este escrito analiza, de un lado, la evolución jurisprudencial del derecho fundamental en mención y sus implicaciones en la manera como ha de interpretarse el tipo penal de homicidio por piedad, y de otro lado, las condiciones bajo las cuales la Corte Constitucional ha exhortado en cada una de estas etapas al Congreso de la República para que ejerza sus respectivas funciones regulatorias.

El segundo capítulo, dada la necesidad de delimitarlo conforme a la brevedad y los parámetros de este trabajo, sólo toma como objeto de revisión algunos proyectos legislativos que se han presentado en los últimos años para regular el derecho a morir dignamente, pues su revisión permite extraer generalidades y, con carácter conclusivo determinar sus yerros en relación a la evolución jurisprudencial en la materia.

Todo lo anterior a partir de una amplia revisión bibliográfica, legal y jurisprudencial. Finalmente, se exponen algunas conclusiones y/o aportes personales frente a la pregunta objeto de investigación, a saber: ¿Cuáles son las tareas pendientes en materia legislativa para regular el derecho a morir dignamente?

I. HOMICIDIO POR PIEDAD Y DERECHO A MORIR DIGNAMENTE: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y EXHORTACIONES AL LEGISLATIVO

El derecho fundamental a morir dignamente, según la Corte Constitucional (2020), tiene tres dimensiones, a saber: (i) El procedimiento eutanásico, (ii) la limitación del esfuerzo terapéutico

o readecuación de las medidas asistenciales, y (iii) los cuidados paliativos. Dado el enfoque penal del presente escrito, dicho derecho fundamental sólo será estudiado en una de sus dimensiones, esto es, el procedimiento eutanásico, pues es el que cobra relevancia dentro del tipo penal que titula este capítulo, es decir, el homicidio por piedad.

Aclarado lo anterior y antes de analizar la evolución jurisprudencial del derecho fundamental a morir dignamente, es válido hacer una breve referencia al trasfondo constitucional que posee dicho derecho, pues a riesgo de sonar contradictorio, su génesis está precisamente en el derecho fundamental a la vida, con la inviolabilidad que al mismo le otorga el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Esto es así porque, en palabras de la Corte Constitucional Colombiana:

La Constitución no sólo protege la vida como un derecho 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. 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. (Corte Constitucional, 1997).

Nótese entonces que, el derecho fundamental a morir dignamente parte de la ponderación del derecho a la vida con otro de igual categoría, como es la dignidad humana, y este, según la misma Corte Constitucional, implica tres lineamientos que resultan de plena aplicación al derecho a morir dignamente, estos son:

- (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).
- (ii) La dignidad

humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien).

Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional, 2002).

Es así como, la intrínseca relación de la dignidad humana con la autonomía, hace obligatorio invocar otro derecho constitucional que sustenta el derecho a morir dignamente, esto es, el libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 16 de la Carta Política y según el cual “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

En tal sentido, la Corte Constitucional (2017) ha sido reiterativa en que “Obligar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano, y anula la dignidad y autonomía”. De ahí que, en sentencia C-239 de 1997, la Máxima Corporación declarara la exequibilidad del homicidio por piedad consagrado en el Código Penal vigente para ese entonces (Decreto 100 de 1980) que en su artículo 326 rezaba: “El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

En concordancia con el fundamento constitucional descrito en párrafos anteriores, dicha providencia elevó a rango de derecho fundamental el derecho a morir dignamente, despenalizó la conducta del artículo 326 y adoptó el término doctrinal de eutanasia activa, declarando que no existe responsabilidad penal cuando concurren “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” (Corte Constitucional, 1997). Así mismo, exige el consentimiento por parte de dicho sujeto pasivo y la calificación del sujeto activo, como quiera que quien realiza la conducta debe ser un médico; frente a ello señala:

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 obren. (Corte Constitucional, 1997).

Es bajo tales condiciones que la Corte despenaliza la eutanasia activa, aduciendo además que el Estado Social de Derecho propende por un derecho penal de acto y no de autor, así como por la proporcionalidad de las sanciones penales, y en tal sentido, “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” (Corte Constitucional, 1997); tipo autónomo porque, al mediar esas circunstancias para su tipificación y en palabras de Sáenz (2020) “es un delito circunstanciado y no una modalidad agravada del delito de homicidio” (p.327).

De otro lado, previas consideraciones sobre el deber del Estado frente a la protección de la vida humana y en aras de la seguridad jurídica, la sentencia C-239 de 1997 exhorta por primera vez al congreso de la república para que regule el tema de la muerte digna, y señala que los puntos esenciales de esa regulación deberán ser:

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, y 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. (Corte Constitucional, 1997).

En el año 2014, diecisiete años después de que el Máximo Tribunal exhortara al Congreso de la República en los términos descritos, sin que dicho órgano hubiese adoptado tal regulación, una ciudadana tutela sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente, vulnerados por su EPS, quien se niega a practicar el procedimiento estudiando *so pretexto* de la ausencia de regulación legal del procedimiento de eutanasia activa.

En este caso, bajo sentencia T-970 de 2014, la Corte Constitucional Colombiana realiza un importante pronunciamiento frente a ello, esto es que la ausencia de legislación en la materia no es razón suficiente para negar a un paciente los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, reconoce expresamente que, en efecto, la ausencia de regulación legal sí se convierte en una barrera para la materialización del derecho a morir dignamente.

Amén de lo anterior, en la misma providencia reitera su exhortación al legislativo, pero además ordena al Ministerio de Salud “emitir una directriz a todos los prestadores del servicio de salud, para que conformen un grupo de expertos interdisciplinarios que cumplirán varias funciones cuando se esté en presencia de casos en los que se solicite el derecho a morir dignamente”, y agrega a dicha orden que:

Entre otras labores que determine el Ministerio, el comité deberá acompañar a la familia del paciente y al paciente en ayuda psicológica, médica y social, para que la decisión no genere efectos negativos en el núcleo familiar, ni en la situación misma del paciente. Esa atención no puede ser formal ni esporádica, sino que tendrá que ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento orientado a hacer efectivo el derecho. Además, dicho comité deberá ser garante y vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los términos de esta sentencia y la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso. Igualmente, en caso de detectar alguna irregularidad, deberá suspender el procedimiento y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.

Así mismo, ordena al mismo Ministerio “sugerir a los médicos un protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente” (Corte Constitucional, 2014). En acatamiento a ello, el Ministerio de Salud emitió la resolución 1216 de 2015, por medio de la cual “se reglamenta la eutanasia y dicta directrices para conformar los comités científicos-disciplinarios para el derecho morir dignamente” y el Protocolo del Ministerio de Salud y Protección Social para la aplicación del procedimiento de eutanasia en Colombia.

Finalmente, para facilitar el acceso efectivo al derecho a morir dignamente mientras se expedían las regulaciones pertinentes, la sentencia en mención creó el procedimiento para el ejercicio de dicho derecho, precisando las siguientes etapas:

(i) la manifestación libre de la persona que padece una enfermedad terminal y sufre dolores intensos al médico tratante de su deseo de ejercer el derecho a la muerte digna; (ii) la convocatoria del comité científico interdisciplinario por parte del médico tratante; (iii) la reiteración de la intención de morir de forma inequívoca. Establecido el cumplimiento de los requisitos, en un plazo no superior a 10 días calendario se le preguntará al paciente si se mantiene en su decisión; (iv) en

caso de que la respuesta sea afirmativa, el comité determinará el cumplimiento de los requisitos y programará el procedimiento para el momento que indique el paciente o máximo en el término de 15 días después de reiterada su decisión. En cualquier momento la persona podrá desistir de su decisión. (Corte Constitucional, 2014).

Siguiendo con la evolución jurisprudencial del derecho a morir dignamente y de las exhortaciones al legislativo en la materia, es importante destacar que Colombia, con la sentencia T-544 de 2017 y según Hoyos (2019) “fue el tercer Estado en el mundo en aceptar la eutanasia infantil, a través de la figura del “derecho a la muerte digna”, que ya tenía precedente en las legislaciones de Holanda y Bélgica” (p.74).

En efecto, dicha providencia se ocupó del caso de un menor de edad quien padecía de diferentes enfermedades que le provocaban graves sufrimientos, y a quien la EPS negó la aplicación del procedimiento de eutanasia activa argumentando que, si bien los actores solicitaban la aplicación de resolución del Ministerio de Salud referida anteriormente, la misma no realizaba pronunciamiento alguno sobre el procedimiento aplicable cuando se trataba de un menor de edad.

Lo anterior ameritó el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la misma providencia, en el sentido de que el derecho fundamental a una muerte digna de los niños, niñas y adolescentes es un derecho reconocido, pero negado de facto por la ausencia de reglamentación; lo que no resulta admisible, pues toda decisión judicial o administrativa que involucre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debe examinarse bajo la lupa del interés superior y la especial protección contenida en el artículo 44 de la Carta Política de 1991, y en tal sentido aclara:

El hecho de que los pronunciamientos de la Corte Constitucional se hayan emitido en el marco de casos en los que estaban involucradas personas mayores de 18 años es una contingencia, que no comporta una limitación del alcance del derecho fundamental a la muerte digna fundada en la edad.

En efecto, considerar que solo son titulares del derecho los mayores de edad implicaría el desconocimiento de la jurisprudencia de esta Corporación en la que no se ha efectuado una distinción fundada en esa circunstancia, la violación del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes previsto en el artículo 44 Superior, y llevaría a admitir tratos crueles e inhumanos de los menores de edad, y la afectación de su dignidad.

Precisamente, haciendo especial énfasis en la trascendencia de la dignidad humana como principio fundante y rector del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional en sentencia T-544 de 2017 reconoce expresamente “la titularidad del derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes”, aclarando que ello implica algunas diferencias en relación las personas mayores de edad, particularmente en cuanto al consentimiento y la manifestación de la voluntad, y que “por ello esas particularidades deben ser reconocidas, consideradas y afrontadas en aras de lograr una oportuna regulación de esos aspectos específicos que permita garantizar el derecho a la muerte digna de los menores de edad”.

En consecuencia, la misma providencia afirma la urgente necesidad de diseñar una norma que regule el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes, siendo aplicables en su mayoría los lineamientos generales expresados jurisprudencialmente, pero atendiendo también sus características particulares, y en este sentido emite una serie de lineamientos que en adelante se describen.

En primera medida la sentencia objeto de estudio, T-544 de 2017, al referirse al consentimiento y la manifestación de la voluntad, deja por sentado que la regulación debe darse “de acuerdo con el nivel de desarrollo cognitivo y psicosocial y las particularidades del consentimiento sustituto. En cualquier caso, los padres o representantes legales ocupan un lugar central en el proceso”. En tal sentido incorpora otro requisito, según el cual:

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

Seguidamente, en relación al Comité Interdisciplinario que participa en el ejercicio del derecho a morir dignamente, ya descrito en párrafos anteriores, la providencia señala que “la regulación que se expida deberá considerar la participación de expertos en NNA en todas las disciplinas involucradas: Medicina, Derecho, Psicología”. Finalmente, en lo que respecta a las etapas del procedimiento, las mismas son adaptadas de la siguiente manera:

- (i) la manifestación libre del NNA, de sus padres, o de sus representantes legales, de que padece una enfermedad terminal y sufre dolores intensos que lo llevan a querer ejercer el derecho a la muerte digna; (ii) tal manifestación deberá hacerse ante el médico tratante.
- (iii) la convocatoria del comité científico interdisciplinario por parte del médico tratante;
- (iv) la reiteración de la intención inequívoca de morir. Establecido el cumplimiento de los requisitos, en un plazo no superior a 10 días calendario se le preguntará al paciente si se mantiene en su decisión; (v) en caso de que la respuesta sea afirmativa, el comité determinará el cumplimiento de los requisitos y programará el procedimiento para el momento que indique el paciente o máximo en el término de 15 días después de reiterada su decisión. En cualquier momento los NNA o sus representantes podrán desistir de su decisión. (vi) El estudio de las solicitudes en cada etapa deberá considerar la madurez emocional de cada NNA y, cuando sea aplicable, diseñar mecanismos para la manifestación del consentimiento sustituto por los dos padres del menor de edad o quienes tengan su representación legal.

En todo caso, señala el máximo tribunal, la norma deberá ajustarse a criterios de oportunidad, celeridad, imparcialidad y autonomía del paciente, para lo cual exhorta nuevamente al Congreso de la República, y al Ministerio de Salud para que en ejercicio de su iniciativa legislativa, presente un proyecto de Ley regulatorio en la materia; añadiendo a este último la orden de realizar lo necesario para la conformación de un comité interdisciplinario en los prestadores de servicios de salud, para que “sugiera a los médicos un protocolo médico para que sea discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para la realización de los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente de los NNA”.

Finalmente, el último pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional Colombiana en relación a la eutanasia activa, se encuentra en la sentencia C-233 de 2021 a través de la cual dicha Corporación declara la exequibilidad del Artículo 106 del Código penal colombiano, que en su tenor literal reza: “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses” (Ley 599 del 2000).

En lo que al tipo penal respecta, la evolución jurisprudencial radica en que, hasta entonces y de acuerdo con la sentencia C-239 de 1997, no se derivaría responsabilidad penal para el médico sujeto activo, “en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto”. En cambio, a partir de la actualización jurisprudencial que comporta la sentencia C-233 de 2021, no se tipifica el homicidio por piedad en los siguientes casos:

cuando la conducta (i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.

Nótese entonces que, con esta modificación, se amplía el acceso a la eutanasia, de manera que no es exigible que el paciente se encuentre bajo una enfermedad en fase terminal, pues para el Tribunal Constitucional ello vulnera la autonomía y por ende la dignidad del paciente, teniendo en cuenta que su deseo de terminar su vida está precedido por una enfermedad que, aunque no se encuentre en fase terminal, le produce sufrimientos intensos que contradicen a su concepto de vida digna, y en todo caso obligarlo a soportarlo de manera indefinida, cuando no es su voluntad, puede ocasionarle un trato cruel, inhumano y degradante. En todo caso, en tanto razones de derecho de su decisión, la Corte realiza una reiteración jurisprudencial de los fundamentos constitucionales que ya se han expuesto en párrafos anteriores, por lo que no se redundará en los mismos.

De otro lado, y a modo de paréntesis, resulta interesante para la naturaleza de este escrito lo considerado por la Corte Constitucional en la misma providencia frente al desconocimiento del artículo 243 de la Constitución Política por parte del Congreso de la República, en relación a su ejercicio legislativo en lo referente al homicidio por piedad, pues señala la Corte que:

Tres años después de proferida la Sentencia C-239 de 1997, que condicionó la validez del artículo 326 del Decreto Ley 100 de 1980 (anterior Código Penal), decidió reproducir el tipo penal de homicidio por piedad en el artículo 106 de la nueva normativa (Ley 599 de 2000), **sin incluir el condicionamiento establecido por este Tribunal en una sentencia modulada y, en particular, de carácter aditivo.**

Lo anterior constituye una razón más para reprochar al legislativo sus omisiones frente al tema que nos ocupa; precisamente en la misma sentencia C-233 del año 2021, la Corte Constitucional resuelve:

Reiterar el **EXHORTO** al Congreso de la República efectuado por esta Corte, entre otras, en las sentencias C-239 de 1997, T-970 de 2014, T-423 de 2017, T-544 de 2017, T-721 de 2017 y T-060 de 2020 para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, avance en la protección

del derecho fundamental a morir dignamente, con miras a eliminar las barreras aún existentes para el acceso efectivo a dicho derecho.

II. PROYECTOS LEGISLATIVOS, ALGUNOS ERRORES POR SUPERAR

Es menester iniciar este capítulo reiterando la delimitación del tema de este escrito, pues seguramente llamará la atención el hecho de que en el capítulo anterior se hayan expuesto las órdenes y exhortaciones realizadas por la Corte Constitucional tanto al Congreso de la República como al Ministerio de Salud, pero el presente sólo se enfoque en el qué hacer legislativo; sin embargo, se recuerda que el objetivo principal de este trabajo es identificar cuáles son las tareas pendientes **en materia legislativa** para regular el derecho a morir dignamente.

Ahora bien, se escoge este enfoque porque es un hecho destacado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, frente al derecho a morir dignamente, que la escasa regulación que se ha dado a la materia ha estado en cabeza del Ministerio de Salud, previos requerimientos de la misma corporación, pero que, sin embargo, ni los mismos ni sus propios pronunciamientos reemplazan la regulación legal e integral que la misma debe tener y cuyo responsable principal es el Congreso de la República; de donde se tiene que, en efecto, los principales desafíos en materia de regulación recaen en la Rama Legislativa. De hecho, hasta su último pronunciamiento, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sus exhortaciones al Órgano Legislativo, de manera que en la sentencia C-233 de 2021 señaló:

Han sido las resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social las que regularon la eutanasia en mayores de edad y en niños, niñas o adolescentes. Estas, a pesar de ser un gran avance en su reglamentación, son insuficientes. La ausencia de una ley que regule la materia es uno de los principales problemas de quienes pretenden acceder a este derecho fundamental, y

para los profesionales de la medicina que realizan este tipo de procedimientos por la falta de seguridad jurídica que esta situación genera.

Ahora bien, dada la brevedad de este escrito, se apelará a un criterio de actualidad para delimitar los proyectos legislativos a estudiar, pues el deber ser de los proyectos recientes es que sean acordes a la evolución jurisprudencial que se va dando en la materia y que no repitan los errores de los proyectos que les anteceden, razón por la cual su revisión puede dar cuenta de los errores que aún debe superar el legislativo al regular el derecho a morir dignamente, y como es sabido en este punto, el objetivo principal de este escrito es identificar cuáles son las tareas pendientes del legislativo al respecto.

En consecuencia, también es de aclarar que se abordarán de manera específica los yerros de dichos proyectos, pues aunque seguramente poseen muchas bondades, son aquellos los que interesan al propósito de este escrito. Así las cosas, los proyectos legislativos a revisar son: Proyecto de ley 063 de 2020 y Proyecto de Ley 007 de 2021; este último, por ser el más reciente proyecto presentado sobre el tema, y el primero, por ser del año que antecede, pues no está de más revisar de paso si el legislativo por lo menos avanza en la materia o por el contrario se mantiene en los mismos errores, lo que será objeto de conclusión.

Así pues, el Proyecto Legislativo 063 de 2020, radicado por varios senadores y representantes a la Cámara, tiene por objeto “establecer disposiciones generales para reglamentar el acceso al derecho a morir dignamente bajo la modalidad de eutanasia por parte de mayores de edad” (Art.1), y en desarrollo de sus capítulos precisa el contenido y alcance de dicho derecho (Capítulo II), establece los requisitos para la ejecución del procedimiento (Capítulo III) y regula el trámite de la solicitud (capítulo IV).

De otro lado, regula lo relativo al Comité Científico Interdisciplinario (Capítulo V), prevé la objeción de conciencia (Capítulo VI), y finalmente establece algunas disposiciones generales (Capítulo VII) entre las cuales están la cláusula de exclusión penal y la adición del siguiente inciso al artículo 106 del Código Penal Colombiano: “Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán a los médicos que, de acuerdo con la normatividad vigente y en el marco del ejercicio del derecho a morir dignamente, realicen el procedimiento de eutanasia”.

Por su parte, el Proyecto de Ley 007 de 2021 establece en su capítulo I su objeto, esto es “establecer disposiciones generales para reglamentar el acceso al derecho a morir dignamente bajo la modalidad de muerte médicamente asistida por parte de mayores de edad”, precisa algunas definiciones (Documento de Voluntad anticipada-DVA, enfermedad incurable avanzada, enfermedad terminal, muerte médicamente asistida, adecuación de los esfuerzos terapéuticos). Seguidamente, en su capítulo II, determina los requisitos que debe cumplir quien realiza la solicitud; posteriormente en su capítulo III regula lo relativo al consentimiento y al trámite de la solicitud; establece el Comité Científico -Disciplinario en su capítulo IV y la objeción de conciencia en su capítulo VII.

Finalmente, al igual que el Proyecto anterior, establece en su capítulo VI disposiciones generales entre las cuales resalta la misma adición al artículo 106 del Código Penal Colombiano, únicamente modificando el término de “eutanasia” por el término “muerte médicamente asistida”.

Así las cosas, para iniciar la identificación de los yerros de dichos proyectos, nótese que a pesar de ser posteriores al año 2017, fecha en la cual la Corte Constitucional reconoció también a los niños, niñas y adolescentes la titularidad del derecho a morir dignamente y exhortó al Congreso de la República a regular esa particularidad, ambos proyectos deciden hacerse a un lado cuando

bien podían, y era el deber ser, proponer una regulación **integral** que diera fin de una vez por todas a la barrera que comporta la ausencia de regulación para la materialización del derecho.

Lo anterior, más aún, cuando conforme se expuso en el primer capítulo, la Corte Constitucional dejó claro en su exhorto que, en general, las condiciones ya establecidas aplicaban para la regulación en relación a los menores de edad, y que eran específicas las particularidades que debían ser objeto de regulación especial por parte del legislador.

Sin embargo, el Proyecto Legislativo 063 de 2020 señala en el párrafo segundo de su artículo 3 que “la eutanasia no procede para los menores de edad”, y el Proyecto 007 de 2021 los excluye expresamente en el inciso final del artículo 13 al contemplar que “están excluidos de la aplicación de la presente ley los menores de edad”, exclusión que como se concluye del análisis realizado en este escrito a la sentencia T-544 de 2017, no resulta admisible a la luz de preceptos constitucionales como la dignidad humana, el derecho a la igualdad, y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes que recae en cabeza del Estado, quien a través de su Rama Legislativa parece desprotegerlos en este caso.

Otro de los yerros encontrados en los dos proyectos legislativos, tiene que ver con la previsión de mecanismos de control con anterioridad a la conformación del Comité Técnico Científico, pues en aras de la garantía efectiva del derecho fundamental a morir dignamente, los mismos deberían operar desde el mismo momento en que el paciente realiza la solicitud, máxime cuando en la sentencia recientemente citada la Corte fue enfática en que en dicho procedimiento debían garantizarse los principios de oportunidad, celeridad, imparcialidad y autonomía del paciente.

Sin embargo, el Proyecto de ley 063 del año 2020 no realiza pronunciamiento alguno sobre dichos mecanismos de control, y el proyecto de ley 007 de 2021, aunque avanza, no contempla los mismos de manera preventiva (desde el momento en que el paciente realiza la solicitud), sino

únicamente de manera evaluativa (después del procedimiento), pues en el numeral 13 de su artículo 5 señala:

El Ministerio de Salud y Protección Social, en el marco de sus funciones de Inspección, Vigilancia y Control, determinará si los procedimientos realizados para garantizar el acceso al derecho a morir dignamente fueron idóneos y se cumplieron los requisitos determinados en la presente ley.

Ahora, aún en la regulación de este derecho únicamente respecto de personas mayores de edad, los Proyectos en revisión parecen quedarse cortos ante la realidad, como quiera que no se anticipan a situaciones fácticas de muy probable ocurrencia que, de suceder y ante la falta de regulación, nuevamente encontrarán barreras para ser solucionadas ejerciendo el derecho a morir dignamente. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos casos en las que la enfermedad del paciente le impide manifestar su voluntad y ante los cuales debe ser evaluado el consentimiento sustituto.

Frente a ello, el proyecto legislativo 063 de 2020, únicamente contempla en el parágrafo 3 de su artículo 5: “El Ministerio de Salud y Protección Social en el término de seis (6) meses reglamentará lo relacionado con el consentimiento sustituto, sus requisitos, términos y casos de procedencia para solicitar la realización del procedimiento de eutanasia”. Por su parte, el Proyecto Legislativo 007 de 2021, casi de manera idéntica se limita en el numeral 10 de su artículo 5 a disponer que “el mismo Ministerio deberá regular el trámite de la solicitud y dispondrá de un procedimiento para la recepción del consentimiento sustituto o indirecto, sus requisitos, términos y casos de procedencia”.

Nótese que ambas normas podían regular ese consentimiento sustituto, como bien regularon el consentimiento que no lo es, pero frente a él se limitan a delegar su regulación al Ministerio de Salud. Lo que es objeto de reproche entonces, en este caso y en la ausencia de regulación en lo que respecta a los menores de edad, es la actitud pasiva del legislador al no abanderarse activa e

integralmente de los exhortos emitidos por más de 20 años por la Máxima Corporación, pues aunque bien pudiera regular ambas materias, y aunque las dos son de probable ocurrencia, la Rama Legislativa parece subestimar la urgencia de regulación y prefiere dilatar, e incluso dispersar la misma, delegando regulaciones que le competen desde el año 1997, aun sabiendo que la dispersión de las normas frente a un tema hace más gravosa su aplicación; aplicación que en este caso se torna urgente.

Piénsese, por ejemplo, que si un solo proyecto legislativo reúne de manera completa e integral todas las situaciones objeto de regulación y precisamente por ello logra convertirse en Ley de la República, bastaría a quienes pretenden acceder al derecho fundamental a morir dignamente, acudir a dicha norma para encontrar oportunamente y con celeridad la puerta de dicho acceso, y esto es precisamente lo que la ley está llamada a ser, una puerta y no una barrera de acceso a los derechos.

Precisamente por ese último deber ser de la norma, para garantizar los principios de oportunidad y celeridad, los proyectos legislativos que se han presentado sobre el tema debieron prever también un procedimiento para los casos en los que el paciente se encuentre ubicado geográficamente en zonas sin disponibilidad de galenos especialistas que realicen las evaluaciones requeridas en el procedimiento, o aquellos casos en los que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se encuentran en dichas zonas y/o no cuentan con dichos profesionales o la infraestructura necesaria para el efecto.

Puede concluirse entonces que los yerros expuestos en este capítulo, son a su vez tareas pendientes en materia legislativa para regular de manera integral el derecho a morir dignamente; pero para los mismos efectos, nótese también que los proyectos legislativos en mención, y otros más que no se abordaron por motivos ya expuestos, tienen sus principales errores en aquello que

se niegan a regular, y esto, aunado a la omisión por más de 20 años de los exhortos jurisprudenciales, son muestra de una actitud pasiva del legislador que no le queda nada bien en el Estado Social de Derecho. Al respecto la doctrina señala que:

El Estado tradicional se limita a asegurar la justicia legal formal, en cuanto que el Estado Social busca la justicia legal material. El Estado tradicional profesó los derechos individuales como tarea fundamental; en cuanto que el Estado Social entiende que la única forma de asegurar la vigencia de los valores es su propia acción. (Ocando & Pirela, 2008, p.179-178).

Finalmente, se espera que los proyectos de ley que en adelante se presenten relacionados con la misma materia, atiendan el último avance jurisprudencial consistente en la ampliación del acceso a la eutanasia a los pacientes que no se encuentran bajo una enfermedad en fase terminal, pero que de igual forma, producto de una enfermedad, padecen intensos sufrimientos incompatibles con su concepto de dignidad humana. Así mismo, que puedan responder a aquellas situaciones fácticas descritas en este capítulo a cuyo suceso no se ha anticipado ningún proyecto legislativo, pues sólo así podrá predicarse la “elasticidad de la ley”, término doctrinal adoptado de Jimenez (2017), con cuya cita vale la pena terminar este capítulo:

Existen por un lado factores normativos, los cuales se encuentran directamente relacionados con la hermenéutica jurídica, puesto que es la relación necesaria entre la ley escrita y su interpretación desde donde surge la elasticidad de una ley. Y esta relación habría de rezar lo siguiente: la hipótesis de la ley habrá de prevalecer si el trabajo hermenéutico no demuestra su incapacidad de descripción o referencia a hechos (de la realidad social), esto es, el no demostrar su obsolescencia legal. Los factores normativos representan los criterios que, en conjunto, permiten evaluar hermenéuticamente la elasticidad de la ley. Mientras dichos factores se mantengan dentro de límites hermenéuticos aceptables, es posible hablar de adaptación de la ley a la realidad social cambiante. (Jimenez, 2017, 555-578).

III. CONCLUSIONES

- El principal motivo por el cual se niega **de facto** el acceso a morir dignamente, es la ausencia de regulación legal para practicar el procedimiento de eutanasia activa, pues en este sentido, el tipo penal de homicidio por piedad se encuentra en un limbo de inseguridad jurídica cuya superación se hace urgente para que la norma penal sea una efectiva puerta de acceso al derecho fundamental a morir dignamente, lo que a su vez es un paso obligatorio hacia la constitucionalización del sistema penal; proceso que sintetiza Barco (2008) de la siguiente manera:

El ordenamiento jurídico colombiano tiene una clara vocación hacia su constitucionalización, proceso que afecta especialmente al derecho penal, debido a su pretensión de protección de derechos fundamentales -bienes jurídicos- y a su correlativa potencialidad de violación de los mismos. En Consecuencia, el respeto de los derechos fundamentales establecidos por la constitución política y en los tratados internacionales -bloque de constitucionalidad- hace las veces, al mismo tiempo, de objeto, finalidad y fundamento del sistema penal. (Barco, 2008, p119-151).

- La Constitución Política de Colombia de 1991 incorpora en su artículo 113 el principio de separación de poderes en virtud del cual “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. En materia de regulación del derecho a morir dignamente, el poder legislativo no ha cumplido con las funciones y fines para la que fue creada.

Sin embargo, Como una materialización de esa colaboración armónica, el Ministerio de Salud ha cumplido lo que le compete, y la rama judicial, a través de la Corte Constitucional se ha abanderado de manera proteccionista, aunque lenta, la garantía efectiva del derecho fundamental a morir dignamente; activismo judicial que se aplaude en esta conclusión y que en gracia de

discusión sobre la separación de poderes, se defiende invocando a Mejía & Pérez (2015), en el siguiente entendido:

“No se debe acusar airadamente a los órganos de administración de justicia de un recalcitrante, obstinado y abusivo activismo judicial. Pues hay que establecer si en realidad se está frente a una intromisión judicial o es una actitud acertada que se debe asumir para llenar el vacío de poder que dejan las autoridades que omiten el cumplimiento de sus cometidos (función equilibradora), y que pudiera traducirse en una forma de expresión del principio del *checks and balances*, sustentada en que la rama Judicial corrige el desequilibrio en la balanza del poder complementado el poco peso que aporta la otra rama. Así justificado el fenómeno, no debe verse entonces, como una patología en la distribución del poder. (Mejía & Pérez, 2015, p.p. 30-41).

- No puede decirse tampoco que la Rama Legislativa ha desatendido en absoluto los exhortos jurisprudenciales de regular de manera integral el derecho a morir dignamente que ha realizado la Corte Constitucional; lo que sí es cierto es que ninguno de sus intentos, entendidos como proyectos de orden legislativo, han logrado convertirse en Ley de la República, quizá porque su principal tarea es trascender el populismo legislativo que por tantos años aqueja a esta Rama del Poder Público, siendo poco rigurosos en la presentación de los mismos y dejando el derecho a morir en condiciones dignas, a instancia de lo desarrollado vía jurisprudencial y a lo reglamentado por el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de las distintas resoluciones que en este orden se han proferido. Termina entonces existiendo una reglamentación en nuestro país con referencia a la muerte digna, que no ha obedecido a la manifestación de una Ley de la República como ha sido la exhortación de la Corte Constitucional desde el año 1997, sino que la eficacia en el acceso a este derecho, se desarrolla a través de los pronunciamientos jurisprudenciales y de las Resoluciones administrativas de orden Ministerial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Barco, G. E. C. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*, 57(116), 119-151. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000200006&lng=en&tlng=es

Carrasco Jiménez, E. (2017). Relación cronológica entre la ley y la realidad social: Mención particular sobre la" elasticidad de la ley. *Ius et Praxis*, 23(1), 555-578. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100015>

Castañeda, I. M. H. (2019). La justificación de la eutanasia infantil: Aporías desde el interés superior del niño a propósito de la sentencia t-544 de 2017. *Prudentia Iuris*, (87), 73-104. Recuperado de <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9656/1/justificacion-eutanasia-infantil.pdf>

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 599 del 2000. Julio 24 del 2000 (Colombia)

Constitución política de Colombia [Const.]. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-239/97. (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 20 de mayo de 1997)

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-881/02. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: 17 de octubre de 2002)

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-970/14. (M.P. Luis Hernesto Vargas Silva: 15 de diciembre de 2014)

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-060/20. (M.P. Alberto Rojas Ríos: 18 de febrero de 2020)

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-233/21. (M.P. Diana Fajardo Rivera: 22 de julio de 2021)

Decreto Ley 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Febrero 20 de 1980. DO N°. 35.461

Mejía Turizo, J., & Pérez Caballero, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Justicia*, (27), 30-41. Recuperado de <https://doi.org/10.17081/just.3.27.319>

Ocando Ocando, H., & Pirela Isarra, T. (2008). El Estado social de derecho y de justicia nuevo paradigma del Estado venezolano Comentarios a la Sentencia N° 85, Expediente N° 01-1274 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24/Enero/2002. *Frónesis*, 15(2), 179-188. Recuperado de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000200012&lng=es&tlng=es.

Proyecto de Ley 063 de 2020. Por medio del cual se establecen disposiciones para reglamentar el derecho fundamental a morir dignamente, bajo la modalidad de eutanasia. Gaceta N°. 648 de 2020. Recuperado de <https://www.camara.gov.co/eutanasia-0>

Proyecto de Ley 007 de 2021. Por medio del cual se establecen disposiciones para reglamentar el derecho fundamental a morir dignamente, bajo la modalidad de muerte médicamente asistida por parte de mayores de edad. Gaceta N°. 951 de 2021. Recuperado de <https://www.camara.gov.co/eutanasia-1>

Sáenz, J. E. (2020). El feminicidio como delito violento y circunstanciado. *Universidad y Sociedad*, 12(4), 325-332. Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400325&lng=es&tlng=es