



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
YULIANA HERRERA MIRANDA DE SOUTO

FUNDAMENTOS DO DIREITO A MORRER DIGNAMENTE:

Análise dos Fundamentos e Pressupostos para Configurar a Eutanásia como um
Direito Fundamental no Brasil.

JACAREZINHO - PR

2018

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO
PARANÁ - UENP**

YULIANA HERRERA MIRANDA DE SOUTO

**FUNDAMENTOS DO DIREITO A MORRER DIGNAMENTE:
Análise dos Fundamentos e Pressupostos para Configurar a Eutanásia como
um Direito Fundamental no Brasil.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu, na modalidade de Mestrado, em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

JACAREZINHO - PR

2018

YULIANA HERRERA MIRANDA DE SOUTO
FUNDAMENTOS DO DIREITO A MORRER DIGNAMENTE:

Análise dos Fundamentos e Pressupostos para Configurar a Eutanásia como um
Direito Fundamental no Brasil.

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na linha de pesquisa Função Política do Direito.

Orientador Prof. Dr. Renato Bernardi

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Renato Bernardi

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Prof. Dr. André Karam Trindade

Agradeço a minha família por deixar-me voar na consecução de meus sonhos, a meu esposo Ricardo Souto, pelo apoio permanente em todos os aspectos de minha vida, e seu grande trabalho exercido como tradutor simultâneo no transcurso de meus estudos de mestrado.

Agradeço especialmente ao meu Orientador, professor Dr. Renato Bernardi, por incentivar-me a pesquisar e desenvolver este trabalho, por suas orientações e disposição permanente de ajuda, por seu positivismo constante e por seu bom relacionamento com o idioma espanhol.

Agradeço a Universidade Estadual do Norte de Paraná, por haver-me concedido a oportunidade de ser filha de seus conhecimentos e ensinamentos. Ao diretor do programa Dr. Prof. Fernando de Brito Alves, por sua disposição em ajudar, Maria Natalina da Costa, por sua constante diligencia e amabilidade, e a meus companheiros de curso por fazer-me sentir em casa, a todos graças por sua qualidade humana.

Com amor a meu esposo Ricardo Aparecido de Souto, por ser meu Anjo, no novo caminho que empreendi, e a meus outros anjos minha sogra Ironide e sogro Roberto.

A minha mãe Mariela, por seu amor, a Pablo por incentivar-me a crescer, a meus irmãos, a quem quero demonstrar-lhes que não existem limites aos sonhos, e a minha pessoa favorita, meu sobrinho Miguel.

Cada minuto que el Estado me obliga a vivir, es un minuto más de padecimientos inhumanos que cercenan mi dignidad humana, por eso yo reclamo mi connatural derecho a MORIR DIGNAMENTE (Jorge Ivan Gomez Correa, Sentença (T-1250/08, 2008)

GLOSSÁRIO

CACON	Centro de Alta Complexidade Oncológica
CE	Consejo de Estado
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
COOMEVA	Cooperativa Médica del Valle
CSJ	Corte Suprema de Justicia
ESSE	Empresa Social del Estado
EPS	Empresa Prestadora de Salud
IPS	Institución Prestadora de Salud
RAE	Real Academia Española
Sentença T	Sentença de Tutela
Sentencia C	Sentença de Constitucionalidad
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UAESA	Unidade Administrativa Especial de Saúde de Arauca
UNACON	Unidade de Alta Complexidade em Oncologia
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMO

O “Direito a Morrer Dignamente”, no Brasil, deve sair do debate acadêmico para o debate jurídico no Congresso, para que seja incorporado à gama dos novos direitos fundamentais, baseados na Dignidade Humana, Autonomia da Vontade e direitos da personalidade, constitucionalmente garantidos. Para propor o reconhecimento e materialização do Direito a Morrer com Dignidade no sistema jurídico brasileiro, no desenvolvimento da presente dissertação, foi necessária a implementação de uma metodologia hermenêutica, jurídico-comparativa e jurídico-propositiva, baseada em um estudo paralelo com ordenamento jurídico e jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia, que tem uma trajetória de mais de 19 anos no desenvolvimento jurídico do tema.

Além do estudo dos fundamentos do Direito a Morrer Dignamente, apresenta-se uma proposta do reconhecimento da eutanásia voluntária ativa em paciente terminal em estado de consciência e com capacidade para manifestar vontade, como um direito fundamental a ser garantido no Brasil, mediante proposta legislativa; pois a eutanásia ativa em pacientes conscientes e com capacidade, é um direito complexo que, da perspectiva secular e pluralista, própria dos Estados Democráticos de Direito, não é oposto ao direito a vida, de forma contrária, apresenta-se como um instrumento reivindicador da dignidade, baseado na autonomia da vontade do sujeito passivo do direito.

Palavras-chave: Eutanásia. Autonomia da vontade. Dignidade humana. Capacidade. Direito a morrer dignamente.

ABSTRACT

“The right to die decently” in Brazil, must leave the scholar debates and go to the Congress agenda in order to be incorporated into the range of new fundamental rights, based on Human Dignity, Freedom of Choice and personality rights, constitutionally guaranteed. In order to propose the recognition and materialization of the Right to Die with Dignity in the Brazilian legal system, in the development of this dissertation, it was necessary the implementation of a hermeneutic, legal-comparative and legal-propositional methodology, based on the Colombian legal system, which has a trajectory of more than 19 years in the development of the theme.

In addition to dealing with the fundamentals of “The Right to Die Decently”, the presented work proposes the recognition of active voluntary euthanasia in terminal patients, in a state of consciousness and capable of expressing their will, as a fundamental right to be regulated by the congress of Brazil. Active euthanasia in conscious and capable patients is a complex right that, from a pluralist and secular view point, typical of the democratic states of law, is not opposed to the right to life, on the contrary, it is presented as an instrument to claim dignity, based on the autonomy of the subject’s will.

Key Words: Euthanasia, Freedom of Choice, Human Dignity, capacity, right to die decently.

SUMARIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	17
1.2. DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NOS ESTADOS DEMOCRATICOS DE DIREITO.....	18
1.3. A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NO BRASIL.....	24
1.4. A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA COLÔMBIA.....	27
1.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	30
1.5.1. Considerações preliminares.....	31
1.5.2. Os direitos da personalidade e sua importância.....	35
1.5.3. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988	40
1.5.4. Os direitos fundamentais na Constituição Colombiana de 1991.....	44
2. AS MÚLTIPLAS PERSPECTIVAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	48
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	52
2.2. PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA COMO CRITÉRIO NO BRASIL DO NÃO RECONHECIMENTO DA EUTANÁSIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL ..	55
2.3. O DIREITO À VIDA NÃO É SIMPLES ATO DE VIVER, CONFORME AO CRITÉRIO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA.....	61
3. O DIREITO FUNDAMENTAL A MORRER DIGNAMENTE BASEADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	64
3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	64
3.2. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF, FRENTE À EUTANÁSIA	66
3.3. POSICIONAMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA EUTANÁSIA	67

3.4. DIREITO A MORRER DIGNAMENTE BASEADO NO DIREITO DA AUTONOMIA DA VONTADE DA PESSOA HUMANA.....	71
3.5. AUTONOMIA	73
3.5.1. Conceito da autonomia individual.....	74
3.5.2. Autonomia individual e social.....	75
3.6. EUTANÁSIA	77
3.6.1. Considerações preliminares	80
3.6.2. Requisitos do exercício da Eutanásia em paciente consciente e capaz conforme os critérios da Corte Constitucional colombiana.....	85
3.6.3. Contexto social e jurídico atual da eutanásia no Brasil.....	87
3.6.4. Contexto social e jurídico atual da eutanásia na Colômbia	91
3.6.5. Critérios da Corte Constitucional da Colômbia frente à eutanásia baseados na autonomia da vontade conforme Sentença C- 239 de 1997	94
3.6.6. Consentimento e autonomia na Eutanásia	98
4. FUNDAMENTAÇÃO PROPOSITIVA PARA A CONFIGURAÇÃO DA EUTANÁSIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL.	105
4.1. COMPONENTES ESTRUTURAIS DO PROJETO DE LEI A SER PROPOSTO	109
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS.....	115
ANEXOS.....	121

INTRODUÇÃO

A eutanásia, igual a muitas partes do mundo, no Brasil, segue sendo um tema de discussão de cunho social, religioso, cultural e jurídico; apresentando-se assim divergências de pensamento e de posturas, que vêm a gerar a existência de contrapontos essencialmente de cunho jurídico enquanto se deve ser ou não considerado um direito fundamental. Diferentes são os argumentos que levam o legislativo, executivo e o poder judiciário a omitir suas funções e faculdades de fazer possível que a eutanásia seja reconhecida como um direito fundamental “Direito a morrer dignamente”. Os argumentos dessa omissão são muito básicos, derivado em sua maioria de interpretações errôneas do direito da vida, - o qual é interpretado no sentido estrito -, considerado inviolável constitucionalmente, põe-se acima dos outros direitos fundamentais, é dizer, como se trata do ápice numa hierarquia de direitos fundamentais, o direito à vida se encontra acima de outros direitos.

Dessa forma a interpretação ou concepção jurídica do direito à morte digna, que tem muitos sistemas jurídicos como o brasileiro, é que não pode a eutanásia ser considerada um direito, por ser oposto ao direito à vida; embora se fale de interpretações jurídicas, o que geralmente se vislumbra são objeção de consciência de tipo moral e religioso que termina consolidando-se como fundamentos para que a declaração, reconhecimento e concretização da eutanásia como direito fundamental seja impossível.

Essa interpretação formal, exegética e taxativa da norma Constitucional impossibilita muitas das vezes o reconhecimento de novos direitos, que certo grupo de pessoas exigem por ser necessários à sua realidade, ou que precisam que sejam disponibilizados para quando necessitem exercê-los; pois, ao disponibilizar direitos adaptados à realidade pessoal de todos os integrantes da sociedade, se previne a exclusão de pequenos conglomerados sociais, evitando dessa forma que seus direitos sejam absorvidos pela maioria.

Ao observar o conteúdo plasmado na Constituição Brasileira de 1988, é possível determinar que não há uma proibição, como tampouco um reconhecimento da eutanásia; poderíamos falar então de uma omissão Constitucional? Ao responder se poderia indicar que não houve omissão, ou assunto relacionado ao tema da

eutanásia, simplesmente porque faz aproximadamente vinte oito anos as necessidades sociais não eram as mesmas da atualidade. Não se falava de eutanásia como direito fundamental, de igual modo a muitos outros direitos das quais hoje estão plenamente reconhecidos, como exemplo, o aborto em determinados casos; o conceito de família homoafetiva; entre outros direitos que conforme a sociedade foi evoluindo, se fez necessário ampliar com a finalidade de evitar a exclusão social e jurídica e proteger a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito.

Com a Constituição Brasileira foi outorgada sua guarda e interpretação ao Supremo Tribunal Federal-STF, conforme ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988; essa interpretação Constitucional foi fixada sobre diretrizes dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana. A faculdade de interpretação Constitucional abriu possibilidade de adaptar a Constituição às novas realidades sociais, e necessidades individuais, o que fez com que os direitos originários considerados fundamentais, fossem interpretados, aplicados, reconhecidos e materializados, em cada caso em particular, ou seja, de forma subjetiva; o que exigiu uma análise de preponderação entre direitos quando se apresentam conflitos entre eles.

A Constituição de 1988 permitiu que os métodos de interpretação a ser aplicados pelo STF possibilitassem a concretização do Estado Democrático de Direito, através da proteção de direitos e o reconhecimento de novos direitos, tendo como máxima, o valor do ser humano e sua dignidade como elementos significantes na construção de uma sociedade menos injusta. A Constituição foi projetada para a superação dos obstáculos sociais, políticos e culturais, que se encontravam impregnados nos textos infraconstitucionais, ainda que significou grande avanço, os obstáculos não foram superados.

Veja-se como contra disposições constitucionais existem na atualidade, normatividades que desafiam o princípio de dignidade humana; como por exemplo, o código penal Brasileiro, que consagra, em seu artigo 121, como homicídio privilegiado matar alguém compelido por motivos de relevante valor social ou moral, configurando-se a eutanásia como uma modalidade no preceituado artigo. Dita normatividade que deve ser adequada e interpretada à luz da Constituição. O direito à vida, como direito fundamental inviolável, conforme contemplado na Constituição de 1988 no artigo 5º, deve ser interpretado em consonância com os demais direitos

e os princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana, intimidade e liberdade de consciência.

Será que a vida interpretada jurídica e axiologicamente se limita ao mero ato de respirar? Além desse ato natural, existe a conexão da dignidade, viver em condições dignas, sendo o sofrimento físico e mental inexistente ou reduzido em sua mínima expressão, pois o direito à vida e a dor física não são compatíveis, razão pela qual foi proibida constitucionalmente a tortura, tratos cruéis, tratamentos desumano ou degradante.

Diferente do Brasil, em países como na Colômbia, a eutanásia é considerada um direito fundamental (“Direito a Morrer Dignamente”) já faz aproximadamente 19 anos, que o reconhecimento foi possível mediante o método de interpretação da norma constitucional feito pelo judiciário através de órgão criado e legitimado pelo constituinte de 1991. Com a interpretação e exercício da guarda constitucional foi criado um órgão denominado Corte Constitucional da Colômbia; que se caracteriza por suas ações afirmativas e a forma de interpretação, além da literalidade da norma constitucional, preponderando hermeneuticamente direitos para sua concretização, e buscando sempre adaptar o texto constitucional às novas realidades sociais.

A Corte Constitucional Colombiana demonstra um constante ativismo, como bem foi demonstrado em sentença de constitucionalidade C- 239 de 1997, de caráter vinculante, na qual é reconhecida a eutanásia como um direito fundamental, com suas respectivas limitações. E assim, a Corte reconhece o direito a morrer dignamente, incorporando dentro da gama dos reconhecidos direitos fundamentais, um novo direito, baseado em princípios e fundamentos constitucionais, tais, como a dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade; usando como método a preponderação de direitos subjetivos.

Mesmo que no Brasil a eutanásia encaixe como uma modalidade de “homicídio privilegiado” configurando-se como delito no código penal, o Direito a Morrer Dignamente precisa de um espaço nessa gama de direitos fundamentais. Portanto, faz se necessário o ajuste da norma infraconstitucional à nova demanda de direitos que a sociedade e o ser humano como sujeito individual reclamam, pois não se trata a penalização da eutanásia de um direito adquirido, ou de uma norma inamovível que não possa ser modificado. De forma contrária, é um dispositivo normativo que se contrapõe ao reconhecimento de um direito; razão pela qual deve ser analisada a existência dos argumentos estabelecidos pelo Supremo Tribunal

Federal do Brasil, e o poder legislativo, frente à omissão de não reconhecimento do direito a morrer dignamente como direito fundamental.

Em razão ao ativismo do judiciário na Colômbia, a jurisprudência da Corte é rica no reconhecimento de novos direitos, o que leva o presente trabalho a ser desenvolvido com baseamentos nos conteúdos jurisprudenciais desse máximo órgão, e no estudo paralelo dos institutos jurídicos Constitucionais como a dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade.

Sendo, portanto necessária a implementação de uma metodologia hermenêutica que permita garantir o estudo desses institutos, que garantem o direito a morrer dignamente; partindo de uma análise paralela a esses fundamentos à luz da Constituição do Brasil e da Colômbia e conforme a hermenêutica determinada em ambos os países, devendo portanto ser aplicado o método de investigação jurídico comparativo e jurídico propositivo; tendo em conta que o objetivo principal é propor a eutanásia em casos de paciente consciente, como o direito fundamental a ser reconhecido no sistema jurídico brasileiro.

Atendendo aos dois métodos de estudo, comparativa e propositiva da presente pesquisa, o trabalho será estruturado adequadamente para uma fácil compreensão em quatro capítulos. No primeiro, será estudado o sistema Constitucional Brasileiro e os princípios fundamentais, atendendo à dignidade humana como princípio fundamental dos Estados Democráticos de Direito o qual será desenvolvido para o fim um estudo paralelo entre Brasil e Colômbia, da dignidade humana, dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, serão estudadas as múltiplas perspectivas de interpretação do direito, com a finalidade de entender a forma como é interpretado o direito à vida no Brasil, e na Colômbia. No terceiro, serão estudados os contextos jurídicos e sociais de Brasil e da Colômbia a respeito da eutanásia, sendo estudadas também a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, como fundamentos para configurar a eutanásia ativa positiva como um direito fundamental àqueles pacientes terminais que estão em estado de consciência e têm capacidade de decisão, trazendo de igual forma os requisitos necessários para o exercício desse direito.

No quarto capítulo, será esboçada a metodologia propositiva, serão apresentadas as fundamentações que sustentem o porquê de uma nova proposta de lei que permita o reconhecimento e materialização do direito a morrer dignamente,

mesmo que no Brasil já existem dois antecedentes de projetos legislativos a respeito da eutanásia.

1. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A necessidade de abarcar o tema dos princípios fundamentais no sistema jurídico brasileiro tem importância por ser fontes norteadoras da interpretação, aplicação e concretização dos direitos reconhecidos como fundamentais; portanto, os princípios fundamentais nos Estados democráticos de Direito se configuram como ferramentas jurídicas que possibilitam a materialização dos direitos humanos, direitos civis, e direitos fundamentais.

Mas o que é fundamento, e o que é princípio? Ao respeito o Dicionário Técnico Jurídico (2008) traz o significado do que é fundamento, indicando que é a base, razão ou argumento, e o princípio como o preceito, regra, causa primária, proposição, começo, origem.

Nesse aspecto, Cunha (2006, p.10) indica que

“Princípio” ressalta um aspecto seminal e organizativo. O que nos permite dizer: o termo “princípio” designa uma entidade presente em qualquer objeto que se possa intencionar (na realidade considerada como um todo, nas coisas consideradas em si mesmas, na natureza, na sociedade, no entendimento, no fazer e no agir), que faz parte desse objeto como seu início, fundamento, ideia ou forma.

Os princípios, para reconhecimento de direitos, seriam aqueles que permitem direcionar a forma como deve agir-se na aplicação, concretização dos direitos e interpretação das normas para que seja possível a efetivação dos postulados de direitos e liberdades dos Estados democráticos de Direito.

Por sua parte, o “fundamento” conforme Cunha (2006, p.10,11) é:

O que está no fundo, aquilo que suporta a coisa. Abaixo do fundo é possível que exista algo, mas não diz respeito à coisa de cujo fundamento se trata. O fundamento de um edifício (seus alicerces) é o que lhe dá suporte, aquilo sem o que ele derruiria.

As coisas começam a se construir, ou deixar de existir, a partir de seus fundamentos. Nesse sentido, todo fundamento é um princípio.

Os fundamentos das normas criadoras de direitos e liberdades têm como base o homem, portanto, são os homens a base das normas e não as normas a base dos homens, sendo assim, existem direitos que representam a existência do homem, direitos que não podem ser tirados deles, porque significaria negar-lhes sua condição humana, o que resultaria totalmente contraditório nos Estados de direito.

Ao fazer uma fusão dessas significações, juridicamente podemos construir um conceito dos princípios fundamentais, considerados como os preceitos que permitem criar as bases dos Estados democráticos de direitos, pois é através dos princípios fundamentais que os Estados se direcionam; como manifesta Zulmar Fachin, (2013) o Estado Democrático de direito conduz à ideia de um Estado de Direito e de justiça social, que tem como objetivo a previsão e garantia dos direitos fundamentais.

O sistema constitucional brasileiro é positivado, baseado nos lineamentos filosóficos dos Estados Democráticos de Direito, e, portanto, direcionado por princípios, descritos na Constituição de 1988, especialmente fundamenta-se, na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), o que permite a proteção integral de todos os direitos juridicamente reconhecidos e aqueles direitos a reconhecer que possam derivar-se com base na aplicação e interpretação dos princípios.

Sendo o princípio da dignidade o mais relevante para o desenvolvimento da presente dissertação, este será estudado mais amplamente, permitindo fazer um paralelo comparativo desse princípio tanto na Colômbia como Brasil.

1.2. DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO.

A dignidade humana na atualidade é um princípio básico para o reconhecimento e concretização de direitos individuais e coletivos, além dos denominados como fundamentais, e que possam derivar-se dos direitos da personalidade. Mas, o que é dignidade humana? Será que dignidade é aplicável a

todos de forma geral? Pode a dignidade humana ser contrária a algum direito denominado fundamental?

São muitas as interrogações sobre a aplicação e interpretação sobre a dignidade humana, surgem na aplicação e reconhecimento de direito já estabelecido e novos direitos; pretendendo-se, neste tópico, responder a essas questões, em atenção à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental nos Estados Democráticos de Direito.

A dignidade humana é considerada um dos princípios invioláveis que constituem os Estados Democráticos de Direitos e a importância desse relacionamento, entre dignidade e democracia, deve-se como expressou Sergio Alves Gomes que quando surge conflito por interferência de liberdades entre indivíduos, a forma de superá-lo racionalmente e restaurar a convivência pacífica é pressupondo a valorização da ideia de igual dignidade que são dotadas as pessoas, protegidas pela democracia (GOMES. 2002, p. 15).

Os Estados democráticos pressupõem liberdades, e o exercício dessas liberdades devem ser preponderadas em cada caso individual de forma concreta, de tal forma que seu uso não termine transgredindo a liberdade e direitos dos outros, pois todos estão revestidos de dignidade que se traduz, em igual trato, iguais direitos, iguais garantias, iguais liberdades, que devem conviver e interagir harmoniosamente, pois o Estado democrático é pluralidade consistente em diferenças de pensamentos, ações, manifestações, crenças; porém para fazer possível essa pluralidade necessita que a dignidade seja reconhecida e respeitada em cada indivíduo por igual.

Não em vão, Gomes (2002, p. 15) escreve que é contrário a uma concepção democrática todas aquelas ações ou omissões que reduzem a pessoa humana em um mero objeto:

Quando um dos sujeitos envolvidos em uma relação não goza de dignidade equivalente à de seu interlocutor e passa a ser tratado como um objeto, tal relação deixa de ser um diálogo respeitoso e ganha características de um contato entre dominante – dominado, sujeito-coisa. É o que ocorre, quando, nas relações intersubjetivas, - seja entre indivíduos; ou entre estes e o Estado; ou entre Estado ou nações -, os limites do poder de um são extrapolados em detrimento do outro, a subjuga-lo seja pôr o poder político, econômico o de qualquer natureza, a transformá-lo em objeto. Neste caso, a relação opressora é fator que fere frontalmente os propósitos da democracia.

Os Estados democráticos de direito pluralista, como o brasileiro e colombiano, têm o dever e obrigação de reger suas relações sob as diretrizes do princípio da dignidade da pessoa humana; as relações entre sujeitos devem dar-se sobre o mesmo conceito de humanidade, portanto as condições econômicas, sociais, culturais ou religiosas não devem interferir na valorização do indivíduo como ser humano. Ninguém tem um status de maior ou menor dignidade frente aos outros, pois, todos possuem a mesma condição humana; e o Estado em relação aos indivíduos deve cumprir sua finalidade de proteger, garantir e efetivar direitos a todos por igual e oferecer maior proteção àqueles casos de vulnerabilidade da dignidade, pois o Estado existe em função do indivíduo.

Mas o que é dignidade? Quando se trata de definir o que é a dignidade, Kant (2013, p.208) manifestou que a dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado na igualdade.

Portanto, para Kant, a dignidade atinge aquele aspecto intrínseco do ser humano que dada sua condição de valor absoluto, não permite a existência de medição valorativa da dignidade, como é reconhecer e respeitar parcialmente a dignidade, ou considerar que alguém está previsto de mais dignidade que outro, pois todos possuem a mesma condição ser “humano”, de igual forma se compartilha a mesma condição de “dignidade”. Sendo assim é impossível falar de pessoa e de dignidade de formas dissociadas.

Ao falar da inviolabilidade do princípio da dignidade Cunha (2006, p.78) indica:

Inviolabilidade da pessoa humana significa, em primeiro lugar, que todo homem e toda mulher possui uma inviolável esfera de autonomia. Esta não diz respeito apenas à sua intimidade e privacidade, mas, antes disso, ao direito de, vivendo, escolher os fins de sua própria vida e os meios adequados à sua consecução.

Ter um conceito ou definição específica do que é dignidade humana resulta complexo, pois o que ela significa, está além de meras palavras, razão pela qual sua aplicação como princípio, na ponderação de direitos, suscita diversas correntes de pensamento. Conforme a concepção antecederas de Kant (2013, p.208) e Cunha

(2006, p.78) do que é dignidade, pode-se interpretar a dignidade como aquilo intangível e inseparável da condição humana, que sendo da essência mesma do homem permite o desenvolvimento de sua personalidade, baseado na própria racionalidade; e é precisamente autonomia de sua vontade a que vem a determinar sua condição de ser humano, portanto, esta não pode ser despojada, perturbada, censurada ou proibida, porque isso significaria negar a uma pessoa sua essencialidade humana, o que resultaria totalmente oposto aos fundamentos dos Estados Democráticos de Direito, sendo a essência da dignidade mesma, radicada no respeito e reconhecimento dos demais num plano de igualdade.

Dessa forma, o filósofo Kant, ao manifestar que a dignidade humana deve ser respeitada em igualdade, no entender que ninguém possui menos ou mais dignidade que outro, mas pode ser aplicada a todos de forma geral? No entender que a dignidade humana é um valor absoluto do ser humano, o que pode existir é um respeito e reconhecimento de forma geral, mas quando se trata de consolidar, sua aplicabilidade deve ser individual em cada caso em concreto, pois, só assim pode passar da intangibilidade ao tangível, podendo a dignidade ser materializada através de reconhecimento e proteção de outros direitos que a pessoa individualmente possa considerar necessários para ter ou conservar sua dignidade em igualdade que os outros.

Como expressa Moraes (2009, p.21, 22):

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas em quanto a seres humanos.

A dignidade humana deve ser materializada de forma individual por meio do reconhecimento de direitos que o indivíduo, como ser racional e único, considera necessários para preservar sua essência em um estado de igualdade frente os

demais indivíduos; ainda que existindo limitações para exercer alguns direitos fundamentais não deve deixar-se de observar a dignidade da pessoa desde sua própria perspectiva de dignidade, considerando conforme a sua autodeterminação como digno ou indigno para ela, e não conforme a determinação geral dos demais, de que é digno ou indigno para ela; sendo assim, seria possível e lógico pensar ou argumentar que a concretização da dignidade ameace alguns dos direitos denominados como fundamentais? Poderia o reconhecimento e concretização da dignidade humana ir contra o direito da liberdade, da personalidade ou do direito à vida? Sendo que a dignidade permite a concretização dos direitos humanos e fundamentais, seria ilógico pensar que ameace direitos fundamentais, o que deva ser deixada de ser considerada por ser contrária a um direito fundamental.

Nesse sentido, Sarlet (2015, p.477-478) indica que, ao falar dos direitos fundamentais desde uma perspectiva constitucional, a eficácia assume um lugar de destaque. O princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo sugere que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo sua razão de ser; portanto os direitos fundamentais e sua eficácia impõem desafios que ainda não foram definitivamente superados.

O que demonstra, por exemplo, quando se confronta com base na dignidade humana a liberdade com o direito da vida observa-se que, em muitos países, é um desafio que não foi superado, pois os direitos fundamentais estão revestidos de caráter puramente formal, o que não permite que a dignidade humana como princípio fundamental dos ordenamentos constitucionais dos Estados Democráticos de Direitos cumpra seu papel como valor guia tanto como dos direitos fundamentais, como de todo o ordenamento jurídico de um Estado, na concretização e eficácia dos direitos fundamentais, da personalidade e direitos sociais.

Em seus ensinamentos, Ana Maria Restrepo (2011. p. 12) expõe que a noção de dignidade está ligada historicamente a dois cenários de conceituação: a pessoa e os direitos, a primeira ao ser o substrato sobre o qual recai o digno, respondendo à questão do quem da dignidade, e remite à necessidade ou não diferenciar o ser humano em sua naturalidade biológica e ao sujeito moral, como algo que lhe pertence e o diferencia do animal. O segundo, como correlato da condição do digno, o qual quer dizer, que se a dignidade se constitui em um especial merecimento

social, individual ou político, então os direitos serão o cenário da definição do merecido por quem possui tal condição.

Os cenários da dignidade sobre quem recai e os direitos que se desprendem com base nesta, são os que a Corte Constitucional da Colômbia denomina em Sentença de tutela T-881 de 2002, como objeto de proteção, o enunciado normativo; sendo o indivíduo objeto da proteção por estar dotado de dignidade, devem, portanto, seus direitos ser reconhecidos e concretizados seguindo os lineamentos desprendidos da dignidade: acatando a dignidade como princípio, como valor e como direito.

Ainda que exista um caráter proeminente da dignidade humana no sistema jurídico brasileiro e colombiano na interpretação dos ordenamentos jurídicos, e reconhecimento de direitos, é a ponderação entre dignidade e direitos fundamentais a que permite a concretização desta primeira; ao respeito Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988” desenvolve amplamente a dignidade humana, baixo pressupostos de relação entre dignidade humana e direitos fundamentais e as tensões apresentadas entre estes, que faz necessária a ponderação.

Para compreender a ponderação da qual fala Sarlet, faz-se necessário ter uma clareza de dignidade que não abarque conceitos ambíguos, vagos e imprecisos que são geralmente utilizados por doutrinadores, até mesmo judiciário, que, por sua forma de conceber a conceituação da dignidade humana, termina inferindo no reconhecimento de direitos como o abordado nesta dissertação.

A respeito, indica Sarlet (2011, p. 50):

[...] nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico- normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional.

O conceito de dignidade humana por estar em constante construção e evolução significa que esta deve ser conceituada, interpretada e aplicada em cada caso em concreto, através da ponderação; dificultando-se, portanto, manter um status igualitário frente a concretizar e materializar a dignidade humana, quando esta

é aplicada de forma geral, sendo interpretada e conceituada a mesma dignidade independentemente do âmbito ou sujeito de sua aplicação; por exemplo, conceituar, aplicar e materializar uma dignidade humana para todos frente ao direito à vida, note-se que neste caso não existe ponderação alguma, respondendo a dignidade só a aspetos específicos como “todos têm direito à vida” e sem fazer referência a aspetos que vão além do ato do mero ato de respirar, como as condições de vida, é dizer, o que cada um considera que complementa esse seu direito de viver, como é a qualidade de vida.

1.3. A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NO BRASIL

A Constituição do Brasil de 1988 estabeleceu como um de seus fundamentos no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana.

Como indica Fernanda Schaefer Rivabem (2005), foi em reação ao autoritarismo militar, às violações frequentes a direitos e garantias fundamentais e ao positivismo cego que se desenvolveram os trabalhos da Constituinte de 1988 e, nesse contexto, a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida como fundamento da República Federativa do Brasil.

Pois, ao passar de um Estado de regime autoritário a um Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente, sendo necessário estruturá-lo com bases reconhecedoras e respeitosas da condição humana do homem inseparável de seu valor intrínseco de dignidade, obrigando a existência do Estado em função do homem, na proteção e concretização de seus direitos e liberdades.

Assim, a dignidade da pessoa humana ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma que engloba noções valorativas e principiológicas, tornando-se preceito de observação obrigatória, fundamento da República Federativa do Brasil cujo valor no ordenamento constitucional deve ser considerado superior e legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada, individual ou coletiva (RIVABEM, 2005).

A dignidade, portanto, no Brasil passou a pertencer às normas jurídicas de caráter Principlológico de otimização de direitos, como fonte guia de interpretação e materialização dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Destarte que, conforme expressa Ingo Sarlet (2011, p. 76), foi com base na dignidade que o texto constitucional consagrou o reconhecimento dos direitos individuais, econômicos e sociais, expressamente contemplados no artigo 170 que vêm a estabelecer a finalidade da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna, igual ao artigo 226, § 6º que fundamenta o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana, e o artigo 277, que assegura às crianças e aos adolescentes o direito à dignidade.

Ainda que de forma explícita a Constituição não especificasse a dignidade humana na aplicação dos direitos consagrados como fundamentais no capítulo I, artigo nº 5, como nos artigos anteriormente mencionados, existe uma desnecessidade de ser explicitada, pois ao ser considerada a dignidade humana como princípio fundamental do Estado brasileiro, se entende que está funciona como uma espécie de verbo reitor em cada uma das orações que se desprenda da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, pois, como se explicava anteriormente, a dignidade da pessoa humana constitui valor guia dos direitos fundamentais e de toda a ordem jurídica.

Dessa forma explica Fernanda Schaefer Rivabem (2005) o princípio da dignidade da pessoa humana, é um princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que confere racionalidade ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial ao correto entendimento e aplicação da norma. Trata-se, portanto, de um valor - guia de toda a ordem jurídica, de caráter instrumental desse princípio, evidencia-se na possibilidade de ser utilizado como parâmetro objetivo de aplicação, interpretação e integração de todo o sistema jurídico.

Porquanto, a dignidade como base do sistema jurídico brasileiro é o pilar perfeito para o reconhecimento e concretização de direitos individuais, que merecem ser respeitados e reconhecidos, correspondendo ao poder executivo e ao poder legislativo os encarregados de criar e interpretar as normas respetivamente, corresponde a eles também fazer uso correto dessa ferramenta chamada dignidade, que deve ser utilizada, aplicada e reconhecida, além das considerações morais, ideológicas, religiosas e culturais que a sociedade impõe.

Mesmo que, no Brasil, a dignidade da pessoa humana foi prevista no ordenamento constitucional, conforme Ingo Sarlet (2011, p. 81), nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento, como havia com outras constituições como na Alemanha por exemplo. Considerando a formulação utilizada para a localização da dignidade humana no texto constitucional, observa-se que está sediada no título I, dos princípios fundamentais, verifica-se que o constituinte de 1988 optou por não incluir a dignidade humana, no mesmo rol de direitos e garantias fundamentais, guiando à condição de princípio fundamental como se observa no artigo 1º inciso III.

Mas o que significa que a dignidade humana seja considerada na Constituição brasileira como um princípio fundamental e não um direito e garantia fundamental? Foi tão importante o enquadramento constitucional feito por o constituinte de 1988, da dignidade humana como princípio, que significou que a dignidade humana era definidora de direitos; como uma diretriz, um parâmetro a seguir para aplicação, reconhecimento e concretização de todos os direitos fundamentais; não podendo existir direito à vida, à liberdade etc., afastado da dignidade humana, ou dignidade humana de forma insolada dos direitos e garantias constitucionais.

Sendo assim, como manifesta Sarlet (2011, p. 84,85), a qualificação da dignidade humana como princípio fundamental na Constituição brasileira, traduz a certeza de que o artigo 1º inciso III, da CF/88, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas, que constitui norma jurídico-positiva dotada em sua plenitude de status constitucional formal e material e, como tal, está inequivocamente carregado de eficácia, alcançando a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Sendo assim, a qualidade de princípio e valor fundamental da dignidade da pessoa humana constitui valor fonte que lhe dá vida e justifica a própria existência do ordenamento jurídico; configurando-se assim a dignidade da pessoa humana um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativo do ordenamento jurídico no Brasil.

O mesmo constituinte de 1988 não deu margem a equívocos, quanto ao status que ocupa a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, e esse status é de princípio de maior hierarquia. É justamente nesse ponto que a qualidade de princípio que possui a dignidade da pessoa humana, quando está de cara com os direitos fundamentais, como o direito à

vida, por exemplo, ao fazer uma ponderação entre estes, sem dúvida alguma o direito da dignidade prevalecerá por tratar-se de um princípio axiológico – valorativo de maior hierarquia; radicando ali a importância do enquadramento feito por o constituinte, ao contemplar a dignidade como princípio fundamental e não como direito fundamental; devendo os direitos fundamentais reger-se com base na dignidade e não o contrário.

1.4. A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA COLÔMBIA

A atual Constituição da Colômbia promulgada três anos após a Constituição brasileira de 1988; segue os mesmos postulados Principiológico, contemplando, portanto, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, estabelecendo, em seu artigo 1º, que a Colômbia passo a ser um Estado Social de Direito, se fundamenta no respeito da dignidade humana, notando-se, assim, uma estrutura principiológica constitucional semelhante ao Brasil e Colômbia. .

Como afirmou o jurista colombiano Manuel Fernando Quinche (2009, p. 86-87), o princípio da dignidade humana sendo um dos fundamentos do Estado colombiano tem sido um baluarte da interpretação via processual por parte da Corte Constitucional da Colômbia. A Corte parte do ponto de que nenhum direito é absoluto, razão pela qual estes devem ser ponderados entre si em cada caso concreto; afirmando-se na doutrina e jurisprudência que a dignidade humana é um princípio e um direito superior a todos os demais, pois, tem características de absoluto, até o ponto de ser apresentado como o fundamento dos demais princípios e direitos fundamentais.

A Corte Constitucional criada com a Constituição de 1991 e encarregada de interpretá-la esclareceu sua posição frente à preponderância da dignidade como princípio e valor absoluto, o que permite ter um passo adiante no reconhecimento de direitos, a encontram-se a dignidade dos demais direitos, implica que nenhum direito está acima deste, ou pode estar ou ser aplicado afastado da dignidade, não pode então falar-se de liberdade sem dignidade, da vida sem dignidade etc.

Explica Quinchez (2009, p. 87) que a interpretação que a Corte faz da dignidade como princípio usualmente se deriva da segunda formulação de imperativo categórico Kantiano que estabelece que se deva obrar de tal modo que se use a humanidade tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro sempre a vez como um fim, nunca meramente como um meio; nesse sentido, tem-se a ideia geral de impedir a instrumentalização e o uso do ser humano por outro, ou por uma corporação, pois o homem é um sujeito e não um objeto.

Na Constituição colombiana e na interpretação derivada desta, o homem é a finalidade do Estado, este existe em função do homem, portanto a proteção ao ser humano seja como ser individual ou social deve conformar a máxima expressão que justifica a existência dos órgãos do Estado como uma estrutura desenhada para garantir e manter a existência do homem dotado de dignidade.

Essa concepção da Corte sobre dignidade foi condensada conforme expressa Quinchez (2009, p. 87-89), na Sentença de tutela T-881 de 2002, na qual a Corte Constitucional construiu seis diretrizes jurisprudenciais articuladas em dois grupos sobre dignidade; o primeiro grupo desenvolve a “dignidade desde o ponto de vista do objeto de proteção”, e o segundo, do “ponto de vista da função de dito enunciado normativo”.

Do primeiro grupo, derivam-se três diretrizes jurisprudenciais: 1) A dignidade como exercício da autonomia pessoal, patente no desenho do próprio plano de vida. 2) A dignidade como condições materiais de existência, no entendido de “viver bem”. 3) A dignidade como intangibilidade da integridade física e moral, “viver sem humilhações”. Do segundo grupo, derivam-se também três diretrizes jurisprudenciais: 1) A dignidade como valor, entendida como princípio fundante do ordenamento constitucional, “base axiológica”. 2) A dignidade como princípio constitucional, como dever positivo do Estado, “mandado de otimização”. 3) A dignidade como direito fundamental autônomo, entendido como a proteção concreta da igualdade e o trato digno.

O trabalho jurisprudencial feito pela Corte Constitucional naquela Sentença de tutela demonstrou as várias formas de interpretação da dignidade que vai além de ser um enunciado normativo substancial de valor, princípio e direito; pois, o primeiro grupo que interpreta a dignidade como objeto de proteção é o que realmente permite que a dignidade da pessoa humana seja concretizada, extraída do intangível e aplicada no caso concreto.

Essa organização da dignidade em diferentes esboços jurisprudenciais de interpretação significou um grande avanço em matéria de proteção e reconhecimento de novos direitos na Colômbia, embora com antecedência a Corte havia utilizado cada uma dessas interpretações de dignidade para proteger novos direitos emergentes, como no caso do direito a morrer dignamente, o qual foi reconhecido com fundamentos na dignidade, na autonomia pessoal, em Sentença de Constitucionalidade C-239 de 1997.

Como explica Quinchez (2009, p. 87-88):

La dignidad como ejercicio de la autonomía personal, patente en el diseño del propio plan de vida, que la Corte ha entendido como “vivir como quiera” y que se ha traducido en protecciones concretas, como la despenalización del consumo de sustancias psicoactivas, la decisión sobre las preferencias sexuales que se quieran, el derecho a morir dignamente, el derecho de escoger profesión u oficio, etc.

A dignidade interpretada desde o ponto da autonomia pessoal, como existência digna e como a intangibilidade física e moral, são as formas de interpretação que permitem ponderar direitos quando existe confronto entre eles, como por exemplo, a vida versus o livre desenvolvimento da personalidade, nesse caso, a Corte considera que a diretriz jurisprudencial que desenvolve a autonomia pessoal com base na dignidade é a que permite a proteção de direitos não previstos de forma taxativa na Constituição.

Em suas pesquisas, Adriana María Restrepo (2011. p. 9) explica que o homem, ao desenvolver suas potencialidades, dirigidas aos fins superiores, cultura, racionalidade e moralidade; como consequência do respeito próprio, está obrigado a desenvolver-se, no sentido de adquirir a maioria de idade, utilizando sua capacidade de pensar de maneira autônoma e decidir por si mesmo, tanto no plano moral, como no religioso e político, sem deixar que outros o utilizem para seus fins ou lhe imponham suas ideias.

A dignidade a ser um fato auto evidente da razão, qualquer pessoa é capaz desta, de escutar a sua consciência, devendo estar em capacidade de concluir sua necessidade de respeito próprio e frente a outros. Assim, a concepção moderna de dignidade humana retoma um caráter deontológico da dignidade, implicando

também o exercício da razão, a permanente disposição a agir no exercício da autonomia.

Viver como se queira, busca respeitar a autonomia da vontade e elevá-la como princípio máximo da moralidade, o que significa que o indivíduo pode agir conforme seu pensamento, mas para isso precisa raciocinar, analisando as consequências que cada ação traz consigo, portanto, só o indivíduo por meio da sua razão pode impor a si mesmo as pautas de comportamento sem necessitar que o Estado ou a sociedade interfiram na forma como sente e reflete desde sua vontade intrínseca ao mundo exterior.

A sociedade e o Estado não podem impor-se frente aos direitos individuais, sendo a dignidade um aspecto intrínseco do ser humano igual à autonomia, portanto, só ao homem lhe compete decidir sobre si mesmo. Embora existam limitações que o direito impõe, no entendimento, os direitos não são absolutos, as limitações devem ser mínimas. Observe-se que na Colômbia a dignidade da pessoa humana é um princípio imperante de interpretação por parte do judiciário na concretização de direitos.

1.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sendo a dignidade humana um princípio imperante na concretização e materialização dos direitos, sejam fundamentais ou da personalidade, ambos, contêm fundamentos importantes no reconhecimento do direito a morrer dignamente e de novos direitos não positivados no ordenamento constitucional brasileiro ou consagrados no ordenamento infraconstitucional. Falar da dignidade como valor, princípio ou como direito fundamental, note-se que a dignidade tem grande incidência na ampliação do campo de ação dos direitos em geral.

Atualmente os direitos reconhecidos como fundamentais devem ser revestidos de dignidade; como exemplo o direito ao trabalho, não é simples, pois, exige que o trabalho não seja desumano, devendo ser um trabalho digno, com todas as prerrogativas que o direito trabalhista prevê; igualmente o direito de moradia,

implica uma moradia digna, prevista de todos os serviços: luz, água, gás, rede de esgotos, e espaços adequados, etc.; o direito à vida por sua parte implica além de respirar, ter uma vida digna, revestida de qualidade de vida, com pleno gozo dos demais direitos fundamentais e da personalidade.

Contudo, por que falar dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade? Para o reconhecimento do direito a morrer dignamente só seria suficiente falar de direitos fundamentais? No desenvolvimento deste tópico, serão esclarecidos esses questionamentos tendo em conta como primeira medida os conceitos, do que são os direitos fundamentais e direitos da personalidade.

1.5.1. Considerações preliminares

A referir-se a direitos fundamentais, Sarlet (2015. p. 29) expressa que o termo se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. O que se observa dessa conceituação feita por Sarlet é uma interpretação exegética dos direitos Fundamentais; embora existam direitos explicitamente positivados na Constituição de 1988 denominados de fundamentais, vemos como sua mera expressão taxativa não é suficiente para garantir em plenitude e integralidade os direitos do ser humano em todos seus aspectos, desde antes de nascer, depois de nascer, seu crescimento e desenvolvimento individual e social, sua morte e posterior a sua morte.

Não se podem proteger os direitos positivados, todos esses aspectos do ser humano; isso implica que esses direitos devem ser interpretados e ponderados, com a finalidade de que possam surgir o reconhecimento de novos direitos, direcionados e fundamentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Essa consonância entre princípio e direitos vai ser o que permite o reconhecimento e proteção de direitos não positivados. Por exemplo para o surgimento do direito a morrer dignamente, deverá interpretar-se o direito fundamental da liberdade, o qual deve ser preponderado com outros direitos que se encontram em um mesmo grau de fundamental inviolabilidade, como seria neste caso o direito à vida.

Nesse sentido, os direitos positivados constitucionalmente denominados de direitos fundamentais precisam ser interpretados para proteger outros direitos que possam ser derivados, como também é o caso do direito da saúde, o qual é um direito fundamental conexo do direito da vida.

Os direitos fundamentais desde um contexto geral são objeto de relação de direito público, as quais visam proteger o indivíduo contra o Estado; contudo, quando se faz um estudo e uma análise mais profundada se observa que a doutrina divide esses direitos fundamentais em gerações ou dimensões; Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 45-46) em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais” ressalta a importância das dimensões dos Direitos Fundamentais e de sua posituação nas esferas constitucional e internacional; ele manifesta que os direitos fundamentais passaram já por diversas transformações em seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, desde que foram reconhecidos nas primeiras constituições.

É assim, que a teoria dimensional dos direitos fundamentais além de apontar para caráter acumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de um modo de especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Essas transformações dos direitos fundamentais no transcorrer da história constitucional de diferentes países são o reflexo da interatividade que o direito tem com a sociedade; portanto o direito deve ser ajustado e adaptado às novas transformações e necessidades sociais e individuais. Não pode o direito ser concebido como algo estático, estrito e rígido no qual o indivíduo deva adaptar-se, pois é o direito que se deve amoldar para proporcionar maiores garantias ao indivíduo no desenvolvimento de sua personalidade, em sua relação a outros indivíduos e ao Estado.

A Teoria dimensional dos direitos fundamentais consolida a unidade e indivisibilidade Como se refere Sarlet (2015), não existindo nenhuma hierarquia entre os direitos fundamentais, porque estes são unitários e indivisíveis, não poderia então falar-se de uma interpretação geral de que a vida se encontra em um nível superior de inviolabilidade frente à liberdade, pois ambos direitos são reconhecidos constitucionalmente como invioláveis; portanto ao tratar-se de direitos fundamentais que visam proteger direitos subjetivos não é certo hierarquizar direitos, sem preponderá-los em cada caso concreto.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais tem como base as liberdades e autonomia individual; e essa autonomia é concebida como um dos maiores atos de raciocínio do homem, constituindo-se como um direito por ser considerado como o núcleo essencial do pensamento moral das pessoas que manifestam sua vontade na tomada de decisões livres de toda coação, em aspectos de sua vida, nos âmbitos sociais, econômicos, políticos, culturais, morais, religiosos; por essa razão o Estado e sociedade não podem interferir no pensamento moral do indivíduo ou exercício de seus direitos, a menos que seja para garantir esses direitos individuais.

A Constituição, ao proteger a liberdade de consciência e de pensamento do indivíduo, o reconhece como ser único e diferenciado com capacidade de razoar e discernir sem que exista coação exterior que obrigue a pensar e atuar de forma contrária a seu foro íntimo; a não interferência estatal nos direitos fundamentais significa, portanto, não reprimir, negar, impossibilitar, sancionar, mas garantir todos e cada um dos direitos fundamentais unitária e indivisivelmente.

Os direitos fundamentais individuais como os de primeira dimensão não pertencem à coletividade; sendo assim, seu reconhecimento, respeito e concretização não podem ser subjugados a valorizações coletivas de tipo moral ou religioso; é por isso que cada direito fundamental individual, embora se tenha uma concepção geral do que cada direito significa, à hora de sua aplicação ou concretização, adquire uma significância distinta, ajustando-se ao indivíduo que o invoca para satisfazer suas necessidades específicas.

Algumas pessoas podem considerar a vida digna como acesso à saúde, educação, trabalho e moradia, mesmo que para outras, a vida digna além dessas deve estar revestida de acesso a todos os meios de comunicação, telefone, internet, lazer, bom status social, econômico, acadêmico etc. Nesse sentido, a coletividade não poderia fazer escolhas para o indivíduo, tampouco opor-se a que este exerça plenamente seus direitos no exercício do desenvolvimento de sua personalidade.

Os direitos fundamentais individuais têm sido jugulados a opinião pública, pois o exercício destes são colocados a consideração de uma coletividade; em tal sentido muitos direitos individuais já reconhecidos em alguns países como o matrimônio igualitário, ou que se encontra em fase de discussões para seu reconhecimento como a eutanásia no Brasil, são direitos individuais que passarão a estar sujeitos à opinião da coletividade.

Quando se fala da Eutanásia como o “direito a morrer dignamente”, deve-se colocar imediatamente na primeira dimensão dos direitos fundamentais, quer dizer, aqueles direitos positivados constitucionalmente que tem como base as liberdades e autonomia individual. O Estado e sociedade não podem interferir no pensamento moral do indivíduo ou exercício de seus direitos individuais, a menos que seja para garantir esses direitos, mas, por que seria a eutanásia, um direito fundamental de primeira dimensão? Seria direito de primeira dimensão pelo fato de ser um direito derivado ou conexo de direitos fundamentais de cunho individual, como autonomia da vontade, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

Além dos direitos taxativos, da interpretação dos direitos já positivados constitucionalmente como o livre desenvolvimento da personalidade, considerado na Constituição Colombiana como um direito fundamental¹, surge doutrinariamente um grupo de direitos chamados direitos da personalidade com ressalva de inviolabilidade. A diferenciação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade Bittar, (2015, p. 56) contempla que

Os “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. [...]

De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens, [...].

Os primeiros constituem os direitos físicos do homem em relação a sua essencialidade material, ao passo que os demais abrangem os aspectos intelectual e moral da pessoa humana.

A diferenciação que Bittar faz entre direitos fundamentais e direitos da personalidade é fundamental para estabelecer a prevalência entre duas vertentes da autonomia, 1) Autonomia individual e 2) Autonomia social; sendo justamente os direitos da personalidade os que permitem impor a autonomia individual acima da autonomia social; aspecto muito interessante a ser analisado.

¹ Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 16: 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.

1.5.2. Os direitos da personalidade e sua importância

O livre desenvolvimento da personalidade, autonomia individual e a dignidade humana encontram sua especificidade nos conhecidos “direitos da personalidade”, estes abrangem aspectos morais e intelectuais do indivíduo; que a Constituição brasileira consagrou em seu artigo 5º, inc. X, como direito e garantias fundamentais invioláveis “à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A intimidade do indivíduo é um direito inviolável, e se encontra conformada no contexto psíquico da pessoa, abarcando seu pensamento, seu sentir, suas crenças, suas preferências, podendo ser ou não exteriorizados conforme os critérios e valores de cada indivíduo, vale dizer, conforme sua vontade; é por isso, que o jurista Miguel Reale em sua obra “Filosofia do Direito”, ao desenvolver o capítulo XIV- A cultura e o valor da pessoa humana, ensinou que a pessoa é o valor- fonte de todos os valores e não a sociedade, pois, ainda que a sociedade seja essencial para o surgimento de valores está condicionada ao valor intrínseco do indivíduo:

O fato do homem só vir a adquirir consciência de sua personalidade em dado momento da vida social não elide a verdade de que o “social” já estava originariamente no ser mesmo do homem, no caráter bilateral de toda atividade espiritual: a tomada de consciência do valor da personalidade é uma expressão histórica de atualização do ser do homem como ser social, uma projeção temporal, em suma, de algo que não teria se convertido em experiência social se não fosse intrínseco ao homem a “*condição transcendental de ser pessoa*”. (REALE, 1999, p. 214)

Ainda que a Constituição brasileira de 1988 reconheceu os direitos da personalidade do homem, estes já existiam, conforme os postulados jus naturalista, por serem direitos conaturais do homem, mas como o contempla o jus positivista Miguel Reale, foi necessário que esses direitos conaturais fossem positivados para garanti-los. Não foram os direitos da personalidade os que surgiram como desenvolvimento histórico da sociedade, o que surgiu, foram mecanismos de proteção de direitos individuais que permitiam ao homem desenvolver-se socialmente sem perder sua individualidade ou características; conservando assim

sua essencialidade e condição de humanidade; como ser pensante e capaz de fazer suas próprias escolhas.

As sociedades e suas estruturas não são *a priori* ao homem, pois estas foram constituídas com bases em formas de pensamentos individuais, muitas das estruturas econômicas sociais e políticas e de direito da atualidade brotaram do pensamento de um filósofo, de um sociólogo, de um economista de um doutrinador etc.

O homem na atualidade não precisa mais depender de pertencer a uma coletividade para ter identidade, pois, os direitos da personalidade efetivam sua individualidade em um contexto social, no qual pode agir e discursar conforme seu próprio pensamento, ideias e opinião, perante aos outros membros da coletividade, como exercício da liberdade garantida e proclamada pelos Estados democráticos de direitos, que permite a efetivação e convivência dos direitos individuais e coletivos.

A respeito Miguel Reale (199, p. 271, 278) aborda o tema do bem pessoal e o bem coletivo, e indica que o ideal do bem social consistiria em servir a todo o coletivo, respeitando-se a personalidade de cada um; pois existe uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, e isso se deve à interpretação e compreensão do direito; sendo precisamente o conceito que se tenha de justiça que a política e o Direito suportarão esta ou aquela outra interpretação.

Nesse sentido, valeria a pena perguntar-se qual é o conceito político de justiça que se tem no Brasil? E qual é o conceito que o direito brasileiro tem de justiça? Pois, se lograsse dar resposta a esses questionamentos, seria mais fácil compreender o porquê de no Brasil não são reconhecidos alguns direitos individuais que formam parte do desenvolvimento do homem como ratificação de seus direitos fundamentais, de seus direitos da personalidade e de sua dignidade humana.

Em sua explicação, Reale (1999, p. 278) indica que há três formas de interpretação, dentro delas a individualista:

Se em um país dominar a concepção individualista, tudo se fará no sentido de interpretar a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo e de sua vontade em toda a sua plenitude. Ao se interpretarem os códigos, cuidar-se-á sempre de preservar o indivíduo contra as interferências do Poder Público, por se reconhecer que cada homem é o juiz maior e melhor de seus

interesses e que, no fundo, cuidando de si mesmo, saberá satisfazer as exigências lícitas da coletividade como tal.

A concepção individualista tem um componente importante que é a proteção dos direitos da personalidade, e a proteção dos direitos de primeira dimensão, pois busca sempre salvaguardar a autonomia e vontade individual; embora seja essa sua concepção de justiça, do indivíduo estar acima da coletividade, sem sofrer interferências do Estado por ser o homem o juiz de seus interesses. Esta teoria apresenta seus erros em indicar que o ser humano tem autonomia e vontade em toda sua plenitude, é dizer, sem limitações; teoria que na *práxis* seria impossível sustentar, devido ao contraste de interesses de cada indivíduo. Sendo necessária a ponderação desses interesses, o qual indicaria já uma limitação a essa autonomia e vontade; e quem faria essa ponderação de interesses seria o Estado, portanto existiria uma interferência deste.

De igual forma ainda que a Constituição Federal de 1988, taxativamente estabeleça no artigo 5º que os direitos a vida, liberdade e igualdade são invioláveis, na *práxis* esses direitos não podem ser interpretados como direitos absolutos, pois, como se observa no mesmo artigo 5º inciso XLVI, contempla como pena a privação ou restrição da liberdade, e no inciso XLVII, a pena de morte em caso de guerra declarada.

Outra das formas de interpretação lecionadas por Miguel Reale (1999, p. 278) é a concepção coletivista, onde predomina a sociedade:

[...] que der ao todo absoluta primazia sobre as partes, a tendência na interpretação das normas jurídicas será sempre no sentido da limitação da liberdade em favor da igualdade. Não se põe, com efeito, o problema da composição entre o indivíduo e a sociedade, sem que concomitantemente não surja o problema das relações entre a liberdade e a igualdade.

Essa concepção coletivista poderia ser uma afronta ou barreira para a efetivação dos direitos de primeira dimensão, para o surgimento e reconhecimento de novos direitos individuais a moral e, por apresentar-se a autonomia da coletividade em sobreposição e primazia da moral e autonomia individual. O interesse geral ou da coletividade não pode ser invocado de forma *a priori* por parte do Estado para justificar a violação de direitos individuais; o interesse geral deveria

ser verificado em cada caso concreto, entretanto considera-se que a máxima sob o qual o interesse geral prevalece sob o particular não pode ser considerada como uma interpretação absoluta e de aplicação imediata.

E como terceira forma de interpretação Reale (1999, p. 278, 279) doutrina:

[...] a terceira corrente não estabelece a priori uma tese no sentido do predomínio do indivíduo ou do predomínio do todo, mas se coloca numa atitude aderente à realidade histórica, para saber, em cada circunstância, na concreção e fisionomia de cada caso, o que deve ser posto e resolvido em harmonia com a ordem social e o bem de cada indivíduo. Esta última tendência (a do personalismo) é, quase sempre, acorde em reconhecer que no trabalho de composição entre os valores do todo e os dos indivíduos brilha um valor dominante, uma constante axiológica do justo, que é o valor da pessoa humana. O indivíduo deve ceder ao todo, até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem enquanto homem. Toda vez que se quiser ultrapassar a esfera da "personalidade", haverá arbítrio.

É precisamente essa terceira concepção de justiça que múltiplos países conseguiram estabelecer suas bases jurídicas e políticas para o reconhecimento de novos direitos individuais; os direitos fundamentais devem-se adaptar os novos contextos sociais, as novas realidades e necessidades individuais tomando a norma geral e abstrata para serem aplicada em cada caso específico através de uma ponderação de direitos, ou dimensões de direitos.

Como exemplo dessa terceira concepção está o pronunciamento feito pela Corte constitucional colombiana com respeito à prostituição; ainda que frente ao tema da prostituição a sociedade colombiana considera essa atividade como uma tentativa à moral e aos bons costumes, na Colômbia não é proibida, mas, tampouco existia nenhuma forma de regulação dessa atividade, ainda menos em matéria trabalhista, guardava-se silêncio do tema por parte do Estado, pois era notório que opera na ordem social, porém, a Corte considerou em Sentença T-629/10², Sentença T-736/15³, e Sentença T-594/16⁴, que existia uma realidade, na qual eram

²Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, Bogotá, D.C., 13 de agosto de 2010, Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>> acesso 16 de março de 2017.

³Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2015, Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-736-15.htm>. Acesso 16 de março de 2017.

as pessoas que ofereceram serviços sexuais com fins lucrativos, e que dentro dessa realidade não devia admitir-se que se continuasse marginando, discriminando e ignorando essas pessoas.

A historicidade existente é uma realidade para a qual não se pode simplesmente deixar de olhar, e existe também uma fisionomia; pois, detrás de todas as pessoas que prestam esses serviços sexuais, está presente um ser humano, com direitos e dignidade, portanto a não está proibida ou criminalizada a atividade da prostituição, não se pode deixar desprotegidos em direitos e dignidades essas pessoas no exercício de sua atividade, devia amparar-se os direitos laborais e sociais deles.

A sociedade devia reconhecê-lo e dirigir-se a eles com o mesmo respeito que qualquer membro da sociedade exige e merece. A Corte Constitucional Colombiana manifestou a forma de como se devia referir-se a eles era como trabalhadores sexuais, e não com o término de “prostitutas”, por respeito a sua dignidade. Ainda que a moral coletiva não aprove o exercício da atividade sexual como uma forma de trabalho, a realidade é que existem pessoas que exercem essa atividade espontaneamente como sua atividade econômica, frente aos direitos dessas pessoas, a sociedade e Estado devem ceder para que não seja ferido a dignidade, a igualdade e outros direitos dessas pessoas.

Em tal sentido quando se fala do direito a morrer dignamente, a referência é de um direito individual e não de um direito coletivo, o qual faz parte dos direitos da personalidade individual, como a manifestação de vontade como base do livre desenvolvimento da personalidade. As crenças, a moral e a religiosidade podem identificar uma coletividade, mas nunca pode-se estender essa identificação como padrão de identidade do indivíduo como tal, pelo fato de estar imerso nessa coletividade, embora ele como ser social esteja submergido a uma constante relação com os outros, ele deve ser sempre diferenciado, e a proteção e exercício de seus direitos individuais devem ir à consonância com sua realidade e necessidades, devendo o direito e justiça serem aplicados com base a dignidade.

⁴ Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Bogotá, D.C., 31 de octubre de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-594-16.htm>. Acesso 16 de março de 2017.

1.5.3. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

A atual Constituição brasileira de 1988 é o reflexo da conquista e positivação dos direitos e garantias, tanto individuais como coletivas, e dos princípios fundamentais, como a dignidade humana e liberdade, entre outros, onde o ser humano passa a ser o núcleo e essência do direito e justiça, sendo assim, a criação, interpretação e aplicação de todos os ordenamentos normativos, tanto constitucionais como infraconstitucional, em nenhum momento podem ferir a dignidade humana, pois se trata de um valor e princípio absoluto, e que não aceita conforme o ordenamento positivo ser relativizado ou deixado de ser observado.

Os avanços constitucionais no Brasil como treina Sarlet (2015. p.64) se deram a partir da Constituição de 1988, que trouxe inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais, afirmando que pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, os direitos fundamentais adquiriram uma merecida relevância, outorgando-lhes o status jurídico devido, que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional do Brasil; pois esse processo de elaboração da Constituição de 1988 fez algo importante, que foi a vinculação umbilical do novo ordenamento com o catálogo dos direitos fundamentais, como resultado da busca da redemocratização, posteriormente vinte anos de ditadura.

Sendo nomeada conforme leciona Pedra (2016, p. 126, 127) como a Constituição cidadã, incorporando-se os direitos individuais e liberdades públicas à paisagem política e jurídica do Brasil. A constituição instituiu importantes *writs*, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data.

A principal finalidade notada na Constituição brasileira de 1967⁵, anterior à atual Constituição, era dar segurança a estrutura e poder estatal, sendo em sua maioria os direitos ali consagrados exclusivos para proteger o Estado, sua estrutura, poder, soberania e patrimônio, o qual era consagrado em primeiro plano na estrutura do texto constitucional. Os direitos consagrados em segundo plano, por assim dizer, eram da nacionalidade, e os direitos políticos, os quais eram reservados para um seleto grupo de brasileiros, pois estes direitos se resumiam em eleger e ser eleito,

⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso 3 de junho de 2017.

mas, em muitos casos de suspensão e perda desses direitos, impunham limites e restrição a seu exercício, por exemplo, as pessoas analfabetas não podiam participar desses direitos.

E quase que num plano inferior à estrutura do texto constitucional, contemplavam alguns direitos e garantias individuais, como a inviolabilidade da vida, liberdade, à segurança e à propriedade; se pregoava a igualdade e o preconceito por raça era punido, garantiam outros direitos como liberdade de consciência, privacidade, manifestação de pensamento, entre outros direitos; não se contemplava proteção de direitos da personalidade, e se falava de dignidade só no valor do trabalho o qual era condicionado à dignidade humana pertencente aos direitos da ordem econômica e social. Os direitos e garantias fundamentais não tinham mecanismo de proteção e efetivação, e posteriormente os direitos individuais foram suprimidos, legitimando-se no Estado um regime militar que se prolongou por muitos anos.

É por isso que Sarlet leciona que a maior conquista dos direitos individuais se deu com a Constituição de 1988, pois os direitos, garantias, liberdades tomaram como ponto de partida e chegada o princípio da dignidade humana, sendo o homem o eixo central de todo o ordenamento jurídico constitucional, vinculando a sua vez o ordenamento infraconstitucional. Existem três características que são atribuídas e identificadas por Sarlet (2015, p. 66) à Constituição de 1988, consideradas extensivas aos direitos fundamentais, como seu caráter analítico, pluralismo e seu cunho programático e dirigente:

Este cunho analítico e regulamentador reflete-se também no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Nesse contexto; cumpre salientar que o procedimento analítico do constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos poderes constituídos.

A característica analítica do texto constitucional estabelece ao indivíduo como o centro irradiador de direitos de todo ordenamento jurídico, já não é o Estado ou a propriedade a razão de ser do direito brasileiro, é por isso que independentemente das dimensões de direito, de primeira, segunda, terceira ou quarta, predomina o

indivíduo e sua dignidade, como uma constante; não permitida a nenhuma das estruturas do poder ou sociedade ferir esse valor predominante que é a dignidade. O constituinte de 1988 não se equivocou ao pôr o homem e sua dignidade como centro da Constituição, pois serviu como regra padrão de todo ordenamento jurídico, pois as normas que geralmente regem a sociedade, normas civis, penal, trabalhista, entre outras, precisavam desse conteúdo de humanização do direito.

Entre outras características indicadas por Sarlet (2015, p. 66), encontra-se o pluralismo da Constituição, sobre a qual indica:

O pluralismo da Constituição advém basicamente de seu caráter marcadamente compromissário, já que o constituinte, na redação final dada ao texto, opta por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que da conta à reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, de direitos políticos etc.

Em suma aos motivos refletidos por Sarlet sobre o pluralismo contido na Constituição de 1988, o pluralismo se instituiu também como uma forma de concretização da nova estruturação ou redemocratização do Estado brasileiro; a pluralidade permitia além do mero reconhecimento a aplicabilidade ou concretização dos direitos individuais, pois, a pluralidade dava luz à ponderação de alguns direitos individuais que se confrontavam entre si, ou com direitos de outros indivíduos, entre direitos individuais e coletivos, interpretando esses direitos sobre os lineamentos dos novos princípios constitucionalmente estabelecidos, como a dignidade humana.

A importância que os constituintes deram aos Direitos e Garantias Fundamentais, conforme De Brasília, Adriana Romeo (2003) foi a inclusão dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – ele é o primeiro capítulo do Título II da Constituição. O artigo 5º - aquele que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza – é uma das cláusulas pétreas do texto constitucional. Isso quer dizer que não pode ser modificado. Esse artigo sozinho possui 77 sub-itens, os chamados incisos e o capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais foi colocado logo no início da Constituição, por motivos estratégicos, segundo o deputado constituinte, Sigmaringa Seixas.

A Constituição de 1988 consagra os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade como invioláveis, não traçando hierarquia entre esses direitos, deixando-os em um mesmo plano de irrenunciabilidade, inafastabilidade, e de aplicabilidade imediata. Embora o conteúdo característico de inviolabilidade de entender num primeiro plano de racionalidade que se trata de direitos absolutos, deva-se analisar a pluralidade inserida no ordenamento constitucional como contraposição a essa característica de absolutismo desses direitos, pois, precisam conciliar direitos que confrontam entre si, para que possa haver aplicação e efetivação desses direitos.

A interpretação que se desprende de cada um dos direitos fundamentais invioláveis não pode ser geral, deve ajustar-se a cada caso concreto, a cada necessidade individual, e é precisamente na ponderação de direitos irrenunciáveis contrapostos que os princípios fundamentais cumprem sua função orientadora, sendo a dignidade da pessoa humana, a que determina que direito deve ser protegido nessa situação específica de contraposição de direitos. O que seria da liberdade sem a garantia e efetivação da dignidade humana? O que seria da vida sem dignidade humana? O que seria da igualdade sem dignidade? Sendo os princípios fundamentais orientadores de direitos os que permitem determinar quando os direitos irrenunciáveis conservam esse absolutismo.

Note-se, por exemplo, como na mesma Constituição de 1988, embora se expresse a inviolabilidade do direito à liberdade e à propriedade, ela estipula como pena por crimes a privação ou restrição da liberdade e a perda de bens⁶; igualmente o direito à vida estipulado como inviolável é relativizado com a pena de morte em casos de guerra declarada⁷. A mesma Constituição de forma taxativa demonstra que não se deve interpretar essa inviolabilidade com absolutismo e rigorosidade, pois, devem intervir outros fatores determinantes como princípios fundamentais e pluralidade como base da liberdade e autonomia individual, qualidade própria dos Estados democráticos de direitos.

⁶ Constituição de 1988, art. 5º, inc. XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; [...] b) perda de bens [...]

⁷ Constituição de 1988, art. 5º, inc. XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

A pluralidade não só deve refletir na manifestação de vontade dos indivíduos, mas também na vontade de todos os agentes políticos e da sociedade para que os direitos fundamentais possam ser efetivados, conforme Sarlet (2015, p. 70):

[...] os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional. Para que este momento continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade.

Efetivar direitos sem precedentes no Brasil, ou reconhecimento de novos direitos, deveria ser a finalidade da nova Constituição, pois, deu ferramentas aos juízes para proteger os direitos das pessoas, ofereceu-lhes guias principiológicos para interpretar o conteúdo constitucional, para fazer possível o caminhar conjunto do direito e da justiça. A dignidade humana passou a ser o princípio reitor de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Todo esse conjunto de direitos e ferramentas necessita ser acionado por um permanente ativismo dos poderes públicos, e a sociedade precisa reconhecer e respeitar ao homem como indivíduo diferenciado que faz parte integral daquele componente social, na qual pode desenvolver livremente sua personalidade, sem intromissões que afetem sua dignidade e direitos.

1.5.4. Os direitos fundamentais na Constituição Colombiana de 1991

A Constituição Colombiana de 1886, que antecedia a atual Constituição, não tinha o mesmo foco garantidor de direitos fundamentais individuais, que na atualidade tem, tampouco os mecanismos de proteção constitucional a esses direitos. Foi com a Constituição de 1991 que os direitos fundamentais e princípios foram consagrados como fundamentos do Estado, conformando-se assim um verdadeiro Estado social de direitos.

Com a entrada em vigência da Constituição de 1991, conforme Ligia Gonzáles Chaves (2015, p. 3) o debate público em torno a nova Constituição centrou-se no catálogo de direitos das pessoas, que incluíam os mesmos do título terceiro da Constituição de 1886, mas outros novos de caráter social, econômico e cultural, muitos deles provenientes do Direito Internacional Humanitário e de outros tratados assinados por Colômbia. Foram as jurisprudências da Corte Constitucional em matéria de tutela definitivas para garantir a aplicação efetiva dos direitos consagrados na carta magna e aproximar esta ao cidadão

Com a finalidade de garantir esses direitos constitucionais, constituiu-se o órgão supremo denominado “Corte Constitucional Colombiana”, que lhe foi confiada, a guarda, proteção, garantia e interpretação do conteúdo constitucional, sendo a responsável de materializar os direitos e formar precedentes em proteção dos direitos fundamentais; precedentes a ser seguidos por juízes de todo o território nacional. Sendo a Jurisprudência da Corte Constitucional, por ser derivada diretamente da interpretação constitucional, um maior nível entre a estrutura de hierarquia normativa, sendo assim, independente de outras Cortes ordinárias, como *Consejo de Estado-C.E.* e Corte Suprema de Justiça- CSJ.

A respeito dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional Colombiana, inúmeras vezes, definiu o direito fundamental como aquele que funcionalmente está dirigido ao logro da dignidade humana, e que pudesse ser traduzido em um direito subjetivo; enfatizando que todos os direitos fundamentais têm conteúdo prestacionais, cujo desenvolvimento está sujeito ao princípio de progressividade e não de regressão, como fez em Sentença de constitucionalidade Sentença C-372/11.

A verdadeira justiça conforme ensinou Manuel Jose Cepeda, (1995, p.165,166) chegou com a Constituição de 1991, e a criação da Corte Constitucional, a justiça deixou de ser um excesso de rigorosidade da lei para ser uma justiça sincera. Essa sinceridade judicial conforme Manuel José Cepeda (1995. p. 166) foi manifestada pela mesma Corte em sentença T-406 de 1992, a qual indicou que com a nova Constituição de 1991 “os direitos passassem a ser o que os juízes dissessem através das Sentenças de tutela”, presenciando-se o surgimento de uma nova maneira de interpretar o direito, cujo conceito chave pode ser resumido na perda da importância sacramental do texto legal como emanção da vontade popular e maior

preocupação pela justiça material e pelo alcance de soluções que consultem aos fatos específicos.

Os direitos fundamentais se tornaram o núcleo de interpretação do direito e o mandado de segurança, a ferramenta para sua efetivação, o juiz tornou-se o guarda dos direitos fundamentais dos indivíduos, protegendo-lhes incluso dos mesmo textos legais, que com sua rigorosidade vulneram os direitos fundamentais; preocupando-se mais o judiciário pela materialização do direito substancial de cada indivíduo, e fazendo de lado com seu interpretar a histórica frase latina de origem romano “*dura lex sed lex*”.

A Corte Constitucional tem sido criativa ao momento de identificar os direitos fundamentais amparados por mandado de segurança, conforme manifesta Manuel José Cepeda (1995, p. 166), pois, ainda que a Constituição de 1991 tenha um capítulo exclusivo aos direitos e deveres fundamentais, a Corte tem a faculdade de assinalar como direitos fundamentais outros direitos não inclusos nesse capítulo. Conforme o entender da Corte, o caráter fundamental de um direito constitucional depende das circunstâncias particulares de um caso, mais que as considerações abstratas sobre a localização no corpo da Constituição ou seu conteúdo.

É a partir da Constituição de 1991, e com a nova interpretação da normatividade constitucional e infraconstitucional que se começou a vislumbrar o surgimento de novos direitos, como aconteceu sete anos depois da nova Constituição, o reconhecimento do direito a morrer dignamente.

Nesse sentido, explica Manuel José Cepeda (1995, p. 166,167) que a Corte em suas pronuncias decidiu, especificamente em Sentença T-008 de 1992, que a interpretação da natureza dos direitos humanos não pode fazer-se a margem da história; pois bem pode ocorrer que um determinado direito, em um momento histórico preciso, não o seja para logo, no futuro, em um presente desejável, venha a converter-se em fundamental.

No raciocínio da Corte, os direitos humanos e direitos fundamentais não são inamovíveis ou concreções fixas, os direitos fundamentais e humanos devem desenvolver-se para abrir espaços jurídicos ao surgimento das novas necessidades que se apresentam no transcurso dos anos, com a finalidade de dar solução ou proteção as diferentes problemáticas que ameaçam infringir direitos fundamentais. A historicidade dos direitos fundamentais e humanos serve para não retroceder em

degradação a dignidade do ser humano, como também serve de ponto de partida para avançar no melhoramento e implementação de novos direitos fundamentais.

O que anteriormente não tinha a qualificação de ser um direito fundamental, por não se apresentarem situações ou casos específicos, que exigissem a proteção do ser humano e sua dignidade, seja por contextos sociais, religiosos, culturais e econômicos de determinada época. Na atualidade, atendendo aos novos contextos, a situação do homem perante a sociedade e Estado tem variado, apresentando desafios para o Direito abranger e dar respostas a todas essas novas situações que tocam a essencialidade humana, e para dar conta de atender cada situação específica e concreta dos indivíduos; desafios que são impostos em função das novas tecnologias, a ciência, os avanços da medicina.

2. AS MÚLTIPLAS PERSPECTIVAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

O presente capítulo busca demonstrar a perspectiva de interpretação que se faz do direito, especialmente dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, podem-se limitar direitos ou fazer possível o surgimento de novos direitos adaptados aos novos contextos sociais e necessidades individuais. O direito, portanto, deve ser analisado conforme as diferentes perspectivas, seja histórica, sociológica, antropológica, filosófica, ética, lógica argumentativa, dialógica, Inter e transdisciplinar. etc.

Ao analisar o direito desde uma perspectiva histórica, o direito deve-se ajustar às exigências atuais, portanto o direito não é imutável, como indica Sergio Alves Gomes: (2011, p. 156-157)

Por ser o Direito obra da civilização humana, sua compreensão só é possível no contexto desta, a qual se constrói ao longo da história. É esta que possibilita a percepção do elaborar do Direito nas variadas épocas e lugares, bem como as contribuições vindas do passado para a construção do presente.

O direito não tem como se manter inalteravelmente numa sociedade, ou ser aplicado à vida das pessoas como uma estável e abstrata conceituação que não pode ser interpretada, e construído de forma que atenda às situações individuais concretas. O direito por sua parte tem o dever de apresentar solução a infinidades de conflitos e necessidades, que se apresentam nas diferentes intermitências da civilização humana.

Existe uma necessidade da perspectiva histórica na interpretação do direito conforme os ensinamentos de Gomes: (2011, p. 157)

A ausência da perspectiva histórica nos estudos jurídicos torna o direito vigente, em grande parte, incompreensível, pelo simples fato de não perceber suas origens e raízes, bem como sua evolução em razão de fatores políticos, econômicos e socioculturais revelados apenas por meio da história.

Muitos dos sistemas jurídicos de Estados atuais, quando fazem o estudo jurídico da eutanásia, para ser considerado um direito fundamental, deixam de lado, a perspectiva histórica da eutanásia, o porquê de sua transcendência e evolução através dos séculos, essa omissão faz que esses sistemas jurídicos, a eutanásia, não seja compreendida conforme sua função reivindicadora de dignidade, e seja considerada como um simples ato contrário à vida.

A abordagem do tema da eutanásia deve ser feita desde as origens, da época primitiva até a idade moderna, analisando sua evolução na sociedade e a mudança de sua terminologia e concepção, o que na idade Antiga se conhecia como “boa morte”, na atualidade atribui-se ao termo de “morte digna”, e é precisamente na dignidade da pessoa humana, que radica a compreensão da eutanásia no direito vigente. A eutanásia jamais será compreendida se estudada da mera compreensão e conceituação do direito da vida, e não da perspectiva própria e histórica da eutanásia mesma e sua finalidade.

O direito também deve ser analisado desde uma perspectiva sociológica conforme Gomes: (2011, p. 158-159)

A sociologia a estudar os fatos sociais, observa como estes ocorrem na sociedade e os descreve com a máxima fidelidade possível, a fim de retratar com a realidade investigada, “é” e não como esta “*deve ser*”.

Todavia, para que normas de conduta possam ganhar sentido, no âmbito cultural- no sentido amplo deste termo- presente na sociedade à qual tais normas se destinam. A eficácia desta depende de seu ajuste às necessidades humanas fundamentais. São estas que justificam que sejam as normas jurídicas reconhecidas e acatadas como direito vigente, a ser respeitado por todos, sob pena de sanção.

No estudo dos direitos fundamentais, encontra-se a dignidade humana como centro de irradiação desses direitos. Ao falar-se de direito à vida e sua inviolabilidade separadamente da dignidade humana, parte-se de um ponto de vista básico, como que as plantas e animais têm direito a vida e esses não podem ser vulnerados. Diferente é quando se fala da inviolabilidade do direito à vida digna, sendo a dignidade humana a que faz a distinção do direito que se protege, a quem vai direcionada sua proteção, que justifica que o direito à vida seja norma jurídica reconhecida e inviolável dentro do direito vigente.

Para entender o ser e o dever-ser do estudo do direito, conforme a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1881-1973, p. 67) indica que as proposições jurídicas a serem formuladas pela ciência do Direito apenas podem ser proposições normativas. Com o emprego da palavra “dever-ser”, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “dever-ser” têm, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato da proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser, mas, também as normas de dever-ser podem ser descritas.

O que é proposto por Kelsen, conforme a análise de Coelho (2008), é um estudo não-avaliativo do direito, mas um estudo que possa informar, de modo objetivo e neutro, o direito vigente e o que ele diz; sendo o direito, enquanto conjunto de normas, pertencente ao reino do dever-ser, mas o estudo do direito, deveria estudá-lo como ele é, e não como deve ser.

Existe uma ligação entre a perspectiva histórica e a sociológica no estudo do direito. O estudo do direito não pode escapar as realidades das civilizações humanas, como tampouco às evoluções históricas dessas realidades, que não podem ser ajustadas ao que deveriam ser, mais ao que elas são; e é precisamente ali que o direito encontra seu sentido. Muitas vezes, quando se analisa o direito à vida, a concepção jurídica que se tem, é de que o direito à vida deve ser, e não do que direito a vida é, conforme a realidades e necessidades de cada indivíduo. Nesse sentido, o dever ser do direito à vida não radicaria em sua inviolabilidade, mas na inseparabilidade do direito da vida, com a dignidade de humana.

A eutanásia deve ser estudada igualmente desde uma perspectiva filosófica, para alcançar os fins do Direito, tal como manifesta Gomes: (2011, p. 162)

Quando voltada para o Direito, engendra a Filosofia do Direito. Esta se preocupa com os valores, fundamentos e fins do Direito, (...)
Diante disso, a filosofia do direito se apresenta como indispensável para que se conecte as finalidades positivadas pelo Direito- como, por exemplo, os objetivos explicitados nos preâmbulos e no art. 3º da Constituição Federal – com os anseios humanos por justiça, liberdade, solidariedade, igualdade, segurança e paz, de modo a se compreender que a referida positivação não é fruto do acaso, mas resultante de muitas lutas, ao longo de gerações e de séculos, em busca da conquista e defesa de valores que se pretendem realizar no Estado Democrático de Direito. Tudo isso em razão das necessidades e aspirações existências do ser humano, para que

possa, efetivamente, *ser alguém* e não apenas *algo*, isto é, ver-se e ser reconhecido como pessoa. E a pessoa dotada de dignidade.

Como se explicava no primeiro capítulo, o sistema Jurídico brasileiro tem como fonte norteadora para a interpretação aplicação e concretização dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais; nesse sentido, são nos princípios fundamentais que recaem a perspectiva filosófica para a interpretação do direito. A dignidade humana é um valor e princípio fundamental no sistema constitucional, que precisa estar ligado ou conectado aos direitos fundamentais, como por exemplo, ao direito à vida; para que os direitos positivados possam ser materializados e protegidos conforme as realidades de cada ser humano. As finalidades do direito transcendem além de assegurar ao homem respirar a “direito à vida”, é por isso que dentro do conteúdo constitucional as finalidades do Estado Brasileiro se estendem à liberdade e exercício de direitos individuais, por sua fundamentação específica a dignidade da pessoa humana. As aspirações existenciais do ser humano não radicam em seu direito a viver, mas, em seu direito a viver em condições de dignidade.

A filosofia do Direito, ao preocupar-se com os valores e princípios, abre espaço as interpretações do Direito indispensavelmente desde a perspectiva ética, pois, como manifesta Gomes (2011, p. 164) o mundo ético se rege pela ideia constante do aperfeiçoamento, tanto individual como coletivo; o que revela a coerência com a imperfeição e pluralidade humana, o que permite ao homem ter variadas possibilidades, podendo sempre aperfeiçoar-se conforme o convívio humano. É nesse caminho ao aperfeiçoamento que o homem se serve dos princípios éticos incorporados no texto constitucional.

O aperfeiçoamento individual do ser humano regido por princípios deve ir conforme sua personalidade e sua liberdade de escolhas, a qual lhe permite determinar quando se encontra conforme suas necessidades de aperfeiçoamento, frente a situações de dignidade que o projetam como um ser completo, e perceber em que casos ou situações sua dignidade se encontra ausente ou distante de seu aperfeiçoamento como ser humano.

Essa perspectiva ética do estudo do Direito permite alcançar a perspectiva lógico- argumentativa do Direito na construção dos conhecimentos científicos e filosóficos, conforme Gomes: (2011, p. 175, 176)

O agir humano consciente é presidido pela liberdade capaz de fazer escolhas. Por isso, conta com certa dosagem de imprevisibilidade, por um lado e, com razoáveis expectativas, de outro, em relação às reais ações disciplinadas pelas normas.

As questões que geram necessidade de decisão apresentam sempre mais de uma possibilidade de solução. Isso exige escolha. Para que estas sejam razoáveis, plausíveis, e racionalmente aceitáveis, por aqueles que se sujeitam a seus efeitos, já de ser tomadas com base numa racionalidade diversa daquela que soluciona problemas mediante cálculos, medidas exatas de peso, contagem.

O Estado democrático de Direito do Brasil caracteriza-se por ser um Estado pluralista, o que permite aos indivíduos agir e fazer suas próprias escolhas individualmente, sem sofrer coação pelo coletivo social. Essa pluralidade própria da condição humana permite que frente às diferentes temáticas como eutanásia, se apresentem inúmeras hipóteses, que buscam atender o problema surgido com respeito a sua proibição ou reconhecimento como direito fundamental. A divergência de pensamentos a respeito do tema comporta a construção de sistemas de ponderação de direitos perspectivados ou baseados nos princípios constitucionais, o que permite apresentar soluções diversas a já existente no Brasil com respeito à temática do direito a morrer dignamente, pois, não se trata de um Direito de uma ciência exata, que não tenha como ser interpretada. O estudo de Direito permite, portanto, a criação de diferentes teses, ou pontos de vistas, observando sempre as diferentes perspectivas de interpretação do Direito.

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Direito ao ser estudado desde suas diferentes perspectivas de interpretação permite e faz possível determinar o âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais, estabelecidas na Constituição Federal de 1988, e faz elucidar os pressupostos de inviolabilidade de alguns direitos fundamentais, que não têm como serem mantido taxativamente como a Constituição os prevê e serem mantidos em sistemas pluralistas e democráticos de direitos como o brasileiro, ou

como serem interpretados isoladamente dos princípios constitucionais, e outorga-lhes um status de absolutos.

Ainda que sejam diferentes as teorias de pensamento as que surgem no âmbito de proteção dos direitos fundamentais como bem jurídico tutelado, seja para considerar o direito objeto de tutela como absoluto ou como direito limitado. As duas teorias que permitem concretamente explicar o porquê para determinados sistemas jurídicos, o direito à vida, ser interpretado sempre como um direito absoluto, e em outros sistemas jurídicos o direito à vida deixa de ser absoluto ao ser preponderado com outros direitos e princípios constitucionais como a dignidade humana.

Dentro dessas teorias de interpretação da limitação dos direitos fundamentais, Sarlet indica: (2015, p. 405,406)

(...) considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo (...)

Todavia, para adequada discussão sobre restringibilidade dos direitos e seus respetivos limites, incontornável a análise, ainda que sumária, da contraposição entre as assim designadas “teoria interna” e “teoria externa” dos limites aos direitos fundamentais, visto que a opção por uma destas teorias acaba por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com reflexos diretos na esfera de suas limitações.

A doutrina e jurisprudência abrangem a utilização de teorias, as quais são avaliadas desde as diferentes perspectivas do Direito, para compreender essa aplicabilidade de absolutismo ou inviolabilidade dos direitos fundamentais, quando estes se encontram contrapostos com outros direitos ou princípios fundamentais que tenham o mesmo caráter de inviolabilidade. Contraposição que faz como indica o autor, que seja impossível que os direitos fundamentais possam ser aplicados de forma absoluta.

São precisamente as teorias surgidas, “interna” e “externa” voltadas à interpretação dos direitos fundamentais, as que ajudam a compreender as diferentes formas de pensamento a respeito da inviolabilidade ou não dos direitos fundamentais e optar por uma teoria que possa ser adequada à interpretação do

direito à vida, seja como direito absoluto, seja limitado com respeito à eutanásia em paciente consciente e com capacidade de decisão.

Para explicar as perspectivas de interpretação da limitação de direitos fundamentais através das teorias “interna” e “externa”, Sarlet (2015, p. 406) cometa a teoria interna:

Assim, segundo a assim designada “teoria interna”, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com os seus limites. Neste sentido, fala-se na existência de “limites imanentes”, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorísticas, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico.

A teoria interna parte do pressuposto de que os direitos fundamentais são de natureza já limitados, portanto não podem sofrer outras limitações a serem impostas de forma externa. Nesse sentido, nenhum direito fundamental poderia suportar limitações externas em seu conteúdo, o que de certa maneira vai dificultar a forma de interpretação desses direitos.

A justificativa da teoria interna encontra seu fundamento na inviabilidade de estabelecer aos direitos fundamentais limitações, além das limitações naturais, pois ao sofrer limitações externas, não naturais do próprio direito, esse direito fundamental estaria sendo vulnerado e diminuído, portanto o que busca a teoria interna é oferecer aos direitos fundamentais uma segurança da inviolabilidade e de absolutismo, evitando subjetivismos na aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Portanto, essa teoria não admite ponderação de direitos quando estes se contrapõem com outros direitos, sendo o direito fundamental aplicado conforme o conteúdo taxativo constitucionalmente estabelecido; não sendo compatível com a fundamentação do direito a morrer dignamente, pois, não deixa espaço de forma nenhuma a ponderação do direito à vida, em contraposição com a autonomia da vontade, e dignidade da pessoa humana, pois, o direito à vida não poderia sofrer limitações externas diferentes às naturais, o que o transforma em um direito absoluto.

Em contraposição à teoria interna da limitação dos direitos fundamentais, encontramos a teoria externa, que consiste conforme Sarlet (2015, p. 407) explica:

A “teoria externa”, por sua vez, distingue os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas, daí a necessidade de uma precisa identificação dos contornos de cada direito. (...). Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado. Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie*, e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado.

A teoria externa da limitação dos direitos fundamentais resulta favorável ao surgimento e proteção de novos direitos, como da eutanásia, pois, para a teoria externa, existe a faculdade e possibilidade de que os direitos sejam preponderados e interpretados quando se apresenta contraposição com outros direitos fundamentais.

Para essa teoria, os direitos nascem sem limitações, mas admitem eventuais limitações que sejam a eles impostas, é dizer, o direito fundamental passa por dois status por assim dizer, em princípio encontra-se uma posição de absoluto, “o direito à vida é inviolável”, o que denota um absolutismo do direito em si, ou seja, ninguém pode quebrantar esse direito.

Mas o que acontece quando o direito à vida se contrapõe com outros direitos invioláveis como o direito de liberdade? Nesse caso, o direito inviolável admite ser preponderado com aquele outro direito que também tem o mesmo caráter de inviolabilidade, e é precisamente ali que esse direito em princípio absoluto “direito a vida” entra em sua segunda fase, ao poder estabelecer a ele uma limitação. O direito à vida é absoluto em si, mas não é absoluto frente a outros direitos fundamentais, portanto o direito à vida em sua concepção abstrata é ilimitado, mas, na aplicabilidade material admite limitações.

2.2. PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA COMO CRITÉRIO NO BRASIL DE NÃO RECONHECIMENTO DA EUTANÁSIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O direito fundamental à vida se configura como um direito inviolável conforme o ordenamento constitucional no Brasil contemplado no artigo 5º CF/88, sobreposição conforme a interpretação doutrinária e jurisprudencial a direitos que se encontram em um mesmo nível de inviolabilidade como o direito de liberdade e igualdade, e acima dos princípios constitucionais como a dignidade.

A forma interpretativa feita do direito à vida é quase que uma pirâmide, estabelecendo-se hierarquia entre direitos, quando a Constituição não estabelece hierarquização dos mesmos, fica, nesse sentido, de lado a ponderação de todos os direitos quando que se encontram contrapostos ao direito à vida, e colocando o direito à vida em um pódio, que não compete com outros direitos.

Essa superposição do direito à vida é arduamente ratificada pela doutrina, tal como o manifesta Maria Helena Diniz: (2009, p. 21):

O direito à vida por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Conforme a autora, os demais direitos ficam abaixo do direito à vida; mas não é analisado o grau de dependência ou independência que se encontraria o princípio fundante do Estado democrático de Direito, como a dignidade humana, conteúdo no inciso III, do artigo 1º, CF/1988, de cara com o direito da vida. Apresentando-se assim incertezas respeito se o direito à vida teria um maior grau de hierarquia frente aos princípios que regem o Estado Brasileiro, e que orientam a interpretação e aplicação dos direitos, constitucionais e infraconstitucionais, incluindo os direitos fundamentais que se encontram em um patamar de inviolabilidade.

Continua argumentando Diniz (2009, p. 21,22) sobre o grau de inviolabilidade do direito à vida:

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é

deduzida da natureza do ser humano. Legitimaria aquela imposição erga omnes, porque o direito natural é o fundamento do dever – ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada.

Quando a autora descreve que a vida deve ser protegida contra tudo, faz inclusão direta de demais direitos e dos princípios constitucionais. Note-se como a análise e argumento estabelecido entorno ao direito à vida, são feitos de forma independente e afastados, sem precisar de prerrogativas principiológicas como da dignidade humana.

O direito positivado a partir da Constituição de 1988 consagrou como prerrogativa de interpretação de direitos, a inafastabilidade desses direitos com a dignidade humana, é dizer, que nenhum direito pode ser considerado, interpretado ou aplicado separadamente da concepção de dignidade humana. Pois foi precisamente esse princípio constitucional o que permitiu ao interprete do conteúdo constitucional abrir possibilidades de ponderar direitos que se encontrem contrapostos entre si; portanto a dignidade da pessoa humana o núcleo irradiador dos direitos a serem protegidos. Foi a partir de 1988, que o direito à vida no Brasil deixou de ser o núcleo de interpretação dos demais direitos.

Não poderia falar-se de direito à vida, mas, direito à vida digna. Razão a essa dignidade da pessoa humana, foram proibidos no texto constitucional as penas e tratos cruéis, pois, ainda que não vulneram a vida da pessoa, vulneram sua condição humana.

Essa inviolabilidade do direito à vida se configura como único fundamento essencial, para não configurar a eutanásia em paciente consciente e com capacidade, como um direito fundamental no Brasil, tal como afirma Diniz: (2009, p. 22):

A vida Humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico- estatal, nem tampouco o direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo não há como admitir licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite com razão a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida Não é o

domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite.

A vida foi anterior ao direito como o manifesta a autora, como também a dignidade da pessoa humana; pois a pessoa não está dotada de dignidade porque o direito o reconheça, ou porque o direito decidiu outorgar-lhe dignidade; a pessoa está dotada de dignidade pelo simples fato de ser pessoa, por sua condição humana; portanto a dignidade humana não é um direito, valor ou princípio, nascido do ordenamento jurídico, mas protegido por este.

Da interpretação deduzida pela autora, estabelece que o direito à vida é um direito do qual seu titular não pode dispor, disposição que se configura como uma regra geral, mas, toda regra geral tem sua exceção. Visto que os direitos fundamentais, ainda que tenham uma conceituação geral, não podem ser aplicados a todos da mesma forma, mas em um Estado plural como o brasileiro, pois, os direitos fundamentais, incluindo a vida, tratam-se de direitos subjetivos que devem ser analisados e materializados individualmente em cada caso concreto, decorre assim a importância da dignidade humana.

Porém, a vida se configura conforme Diniz no cumprimento de uma missão social, o que se entenderia nesse sentido é que estar vivo para algumas pessoas, como as que padecem de enfermidades graves incuráveis, irreversíveis, sem expectativa de vida, seu direito à vida deixaria de ser um direito, para configurar-se como um dever perante a sociedade, na busca do cumprimento de uma missão e atingir um aperfeiçoamento pessoal.

Mas quem seria o encarregado de avaliar se uma pessoa cumpriu sua missão na sociedade? Quem seria o legitimado para avaliar se a pessoa aperfeiçoa sua personalidade? Só estaria legitimado para fazê-lo a mesma pessoa, no exercício do desenvolvimento de sua personalidade; portanto não podem deixar de ser observadas as circunstâncias particulares de cada indivíduo, deixado de ser observados outros direitos e a dignidade humana, no anseio de impor a vida e direitos de primeira dimensão, como um dever, que busca atingir direitos fundamentais de segunda dimensão.

Por sua parte, o poder legislativo em suas tentativas de regulamentação também há outorgado um status de superioridade ao direito da vida, acima da dignidade humana, e outros direitos que comportam o livre desenvolvimento da

personalidade dos indivíduos, tal como o demonstrou o projeto De Lei Nº 5058, de 2005 , apresentado pelo Deputado Osmânio Pereira, (2005) o qual pretendia Regular o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso, projeto que foi arquivado.

O referido projeto como linha de justificação contemplava:

No entanto há quem defenda a prática da eutanásia com relação a estas pessoas desprotegidas. Além de não possuírem condições de defesa, encontram-se psicologicamente fragilizados pela debilidade física ou pela doença. Assim, é possível, que neste estado de debilidade física e mental, acabem concordando com antecipação de sua morte, pela adoção da eutanásia, até mesmo para se verem livres do sofrimento que tanto lhes angustia. Essas pessoas, levadas pelo sofrimento, perdem o instinto inato de preservação e sobrevivência, ficando vulneráveis física e psicologicamente.

Desse modo, como bem lembra o Professor Ives Gandra da Silva Martins, em seu trabalho “Fundamentos do Direito Natural à Vida”, “o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes”. É indispensável, portanto, que se explicita a natureza hedionda de tais crimes, bem como se vedem legalmente quaisquer ações nesse sentido.

O então deputado contemplava num mesmo nível de fragilidade, nascituros, idosos e doentes, considerando que são pessoas que não possuíam condições para se defender, fazendo a análise vaga da eutanásia, expressando que a população que atingia e manifestando que a debilidade física e mental são os fatores para que as pessoas queiram antecipar sua morte.

Na proposta do senador, não se avaliou que essas circunstâncias de debilidade sempre que implique incurabilidade e irreversibilidade da dor e sofrimento físico, não podendo ser negado ao indivíduo o direito de querer terminar todo sofrimento, que desde seu olhar refletivo, sente que sua vida não tem dignidade, com aquela circunstância.

Quando se analisa a perspectiva de outros países onde a morte antecipada é um direito, como na Colômbia, que desde 1997 concedeu esse direito, as pessoas que exerceram o direito a morrer dignamente aproximadamente foram um número não maior de 19 pessoas, em quase 20 anos, pois, pôr as exigências mesmas do

procedimento, que estabelece uma completa avaliação de sua condição física e mental entre outros requisitos para poder desfrutar do direito da morte digna.

Embora o direito seja solicitado e a autonomia da pessoa seja um dos fundamentos principais para exercê-lo, o Estado ainda tem a potestade e o dever de proteger a vida e a dignidade da pessoa, razão pela qual foi implementado um protocolo que permite verificar se aquela pessoa pode exercer ou não esse direito. Portanto não poderia dizer que as pessoas que desejam a morte digna estão desprotegidas, pois o Estado intervém nesse procedimento com a finalidade de proteger a vida das pessoas as quais não são aptas para serem submetidas ao procedimento de morte antecipada e a sua vez proteger a dignidade àquelas pessoas que sua condição particular não é admissível negar-lhes o direito.

O sofrimento físico, desprendido de dores insuportáveis, e conscientização de uma nula expectativa de vida equivalem a tortura física e psicológica, que é contra todo significado de vida digna, é negar a morte como fator natural da vida, o qual não implica suportar dor e sofrimento para que seja consumada. Negar a uma pessoa a morrer dignamente, é desprotegê-la, deixá-la sem defesa alguma de sua dignidade, pois, quando a vida digna já não é mais possível, por uma doença grave, incurável, irreversível e sem expectativa de vida, a morte pode ser o fator que reivindique essa dignidade; pois a dignidade transcende além da vida, até depois da morte o indivíduo continua dotado de dignidade, não em vão o código penal brasileiro dedicou o capítulo V e o título II, Dos Crimes Contra o Respeito aos Mortos, penalizando, violação ou profanação de sepultura, vilipendiar cadáver etc.

Ainda que a doutrina interpreta o direito à vida como um direito absoluto, observa-se que, não acontece o mesmo conforme o conteúdo constitucional, pois embora expressa que o direito à vida é um direito inviolável, também expressa pela procedência da pena de morte em circunstâncias de guerra, no artigo 5:

XLVII - não haverá penas:

- a) De morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- (...)

A mesma constituição de forma taxativa demonstra que o direito à vida não é absoluto, podendo ser ponderado com os outros direitos e interesses, como no caso do artigo em menção do direito à vida cede ante a soberania e segurança do Estado,

o que permite aberta e firmemente concluir que não é a constituição que se impõe ao reconhecimento do direito a morrer dignamente e, sim a doutrina quando faz a interpretação do que o direito à vida é um bem sagrado.

2.3. O DIREITO À VIDA NÃO É SIMPLES ATO DE VIVER, CONFORME A CRITÉRIO DA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLÔMBIA.

A garantia e materialização dos direitos fundamentais têm como ponto de partida não a simples garantia da função vital do ser humano, mas, sua dignidade durante seu ciclo de vida e após dela. O direito vai além das etapas biológicas do homem como ser vital, que é concebido, nasce, se desenvolve física e emocionalmente, para passar posteriormente à etapa final do ciclo vital, com sua morte. Os Estados Democráticos de direito, portanto tem como finalidade e fundamentação a observância da especial condição de ser humano, resguardando-lhe sua dignidade por todas as etapas das quais o homem passa, não somente a etapa vital.

O direito à vida foi interpretado pela Corte Constitucional em Sentença T239 de 1997, de conformidade com mandato da Constituição de 1991. A Corte (1997) indicou que é verdade que existe um consenso de que a vida é o pressuposto necessário dos demais direitos, portanto seria indispensável sua proteção no âmbito jurídico ocidental e a resposta em torno ao dever de viver quando o indivíduo sofre uma enfermidade incurável que lhe causa intensos sofrimentos, é vista desde dois pontos: 1) A que assume que a vida é algo sagrado; neste ponto, independentemente das condições em que se encontra o indivíduo, a morte deve chegar por meios naturais. 2) a que estima que é um bem valorado, não sagrado; neste segundo ponto, é admitido que, em situações extremas, o indivíduo possa decidir se continua ou não vivendo, quando as circunstâncias que rodeiam sua vida não a fazem desejável e tampouco digna.

E a partir desses dois pontos de vistas que se desenvolvem todos os debates entorno à eutanásia e seu reconhecimento como direito fundamental ou não, em países como Brasil, dividindo-se em os que apontam que a vida é um direito intocável, sagrado que vai além de qualquer direito ou princípio constitucional, e

como tal o Código Penal deve punir, de qualquer forma, procedimento ou método que cause de forma antecipada a morte, independentemente das circunstâncias ou motivos.

Existindo também outra vertente que defende a eutanásia como direito fundamental, por considerar que ainda que a vida seja um direito fundamental, não é absoluto, não é sagrado, pois devem-se preponderar os casos particulares de cada indivíduo, que levam a que outros direitos e princípios fundamentais, como a autonomia da vontade e a dignidade humana, prevaleçam em situações extremas, como é o padecimento de dores e sofrimentos intoleráveis, que tiram do ser humano sua boa qualidade de vida em seus últimos dias, fazendo-lhe sentir miserável, e despojando-lhe de sua essência e personalidade, não sendo aceitável, portanto, falar de direito à vida, senão de direito a uma boa qualidade de vida.

Foi assim que a Corte Constitucional (1997) resolveu como devia ser interpretado o direito à vida, partindo desde uma perspectiva secular e pluralista, que garantira e respeitara a autonomia moral do indivíduo e as liberdades e direitos nos que se baseia a Constituição. Na Sentença T239 de 1997, a Corte claramente manifestou que a Constituição colombiana é inspirada na consideração da pessoa como sujeito moral, com capacidade de assumir de forma responsável e autônoma as decisões sob os assuntos que, em primeiro término, são de seu próprio interesse, devendo assim, o Estado limitar-se a impor deveres, em princípio, em função de outros sujeitos morais com os que convivem. Sendo assim, se a forma em que os indivíduos observam a morte, é uma forma de refletir suas próprias convicções. A pessoa que solicita pôr fim a seu sofrimento, não pode ser forçada a continuar vivendo, com o argumento inadmissível de que uma maioria ou coletividade julgue a vida como um imperativo religioso ou moral, sem observar que as circunstancias extremas em que o indivíduo se encontra, não estimando desejável e o considerando incompatível sua vida com sua própria dignidade.

Continua a Corte (1997) com seus argumentos indicando na mesma sentença que o direito à vida deve ser observado sempre desde a perspectiva pluralista, resultando em circunstancias como dos enfermos terminais, viver uma opção e não uma obrigação. A Corte (1997) considera cruel obrigar uma pessoa a subsistir em meio de padecimentos desagradáveis, em nome de crenças de outros, pois, a mesma Constituição busca erradicar a crueldade.

Para a Corte (1997); é desde a perspectiva pluralista que não pode-se afirmar o dever de viver como absoluto, pois, conforme a Constituição que opta por um sistema pluralista como a Colombiana, as relações de direito e moral não se levantam à altura dos deveres senão dos direitos, é dizer, que quem vive como obrigatória uma conduta, em função de suas crenças religiosas ou morais, não pode pretender que ela seja coercitivamente exigível a todos; só que a ele é permitido viver sua vida moral plena e atuar em função dela sem interferências.

Em tal sentido, o desenvolvimento livre da personalidade é dever do Estado que baseia sua filosofia em um sistema pluralista, garantir a todos o efetivo exercícios desse direito, como máxima expressão de liberdade; razão pela qual, nenhum direito deve ser considerado absoluto, pois cada quem vive e age conforme suas convicções, não podendo impor suas perspectivas pessoais de forma imperativa, respeito de outras pessoas que vivem e agem de forma distinta ou contrária.

O respeito à dignidade humana irradia o ordenamento jurídico, considerando à Corte Constitucional (1997) que a vida não pode ser observada simplesmente como algo sagrado, até o ponto de desconhecer a situação real na qual se encontra o indivíduo e sua posição frente ao valor da vida para si; portanto, o direito à vida não pode ser reduzido à mera subsistência, senão que implica o viver adequadamente em condições de dignidade.

Condições de dignidade que só podem ser avaliadas pela mesma pessoa, conforme sua própria perspectiva de vida digna; pois, só a pessoa que sofre é que tem a capacidade de confrontar o que ela era antes de sua enfermidade, com o que é, a partir de sua enfermidade terminal, só a pessoa que se encontra em uma situação crítica, com perspectiva de vida limitada, pode decidir até onde é capaz de ir e suportar a dor e sofrimento causado pela doença que padece, chegar até o fim, ou evitar todo aquele desnecessário sofrimento.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL A MORRER DIGNAMENTE BASEADO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana encontra-se consagrada como princípio fundamental na CONSTITUÇÃO FEDERAL de 1989, sendo, portanto, uma diretriz de otimização de direitos, a qual implica o aperfeiçoamento do direito à vida garantindo todas aquelas circunstâncias, utilizando todas as ferramentas necessárias e demais direitos que permitam ao ser humano ter uma boa qualidade de vida conforme suas próprias expectativas.

O que acontece quando conforme a própria expectativa de qualidade de vida a pessoa sente e tem certeza de que não é mais possível alcançar esse status de plenitude de viver com dignidade?

Será que a vida segue sendo o fator fundamental a ser considerado ou é a dignidade o que torna relevante?

Tais questionamentos permitem manifestar que o importante nesses casos não é o direito à vida, mas a dignidade humana como princípio e direito inafastável do ser humano independentemente das fases biológicas em que este se encontra.

Para a compreensão de tal afirmação, apresenta-se, neste capítulo, a necessidade de estudar os contextos jurídicos e sociais de Brasil e da Colômbia a respeito da eutanásia, tendo como fundamentos a dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade para configurar a eutanásia ativa positiva como um direito fundamental àqueles pacientes terminais que estão em estado de consciência e com capacidade de decisão, sempre e quando cumpram com os requisitos necessários para o exercício desse direito, pois, trata-se do direito a morrer com dignidade, um direito complexo e restrito.

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

O direito a morrer dignamente, hoje incorpora-se em muitos países como um direito fundamental de cunho individual, que vem fazendo parte desses novos

direitos reconhecidos pelo judiciário, com fundamento na interpretação feita aos princípios fundamentais e direitos fundamentais já reconhecidos.

Por tratar-se de um direito que tem relação direta com a vida, sua interpretação em sentido estrito, e por fatores sociais e religiosos, a regularização do direito a morrer dignamente foi ignorada no Brasil, pelo poder legislativo, que, desde alguns anos, omitiu legislar o tema. Embora existissem projetos de lei, eles não foram discutidos, tramitados, sendo completamente esquecidos e arquivados.

Como é o caso do projeto de lei do senado nº 125, de 1996⁸, apresentado pelo então senador Gilvam Borges, que pretendia autorização da prática da morte sem dor nos casos em que especifica e das outras providencias. Projeto que foi arquivado ao final da legislatura no ano de 1999 e arquivado definitivamente no 2013 na Secretaria de arquivo do senado, sem ser debatido.

Há também outros projetos de lei em oposição à eutanásia, como é o Projeto De Lei Nº 5058, de 2005⁹, apresentado pelo então Deputado Osmânio Pereira, o qual pretendia regulamentar o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso. Projeto que também foi arquivado no ano 2008, sem maior sucesso.

O que se nota é uma falta de interesse em legislar sobre o tema da eutanásia, seja para ser considerado um direito fundamental, seja para proibir a eutanásia com esvaziamentos objetivos e de cunho jurídico. Não só no Brasil, também em países como na Colômbia, o poder legislativo também é ineficiente e omissivo, embora na Colômbia seja reconhecido o direito a morrer dignamente, foi um direito conquistado via judicial, graças ao constante ativismo exercido pela Corte Constitucional da Colômbia.

Nesse sentido, cabe analisar os posicionamentos que o poder judiciário tanto no Brasil, como na Colômbia, tem manifestado entorno da eutanásia e seu reconhecimento como direito, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Lembrando que na Colômbia foi há muitos anos reconhecida a eutanásia

⁸ Senado Federal. Atividade legislativa. Projeto de Lei do Senado Nº 125, De 1996. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso 3 de agosto de 2017.

⁹ Câmara dos Deputados. Projeto de lei PL 5058/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681>. Acesso 3 de agosto de 2017.

como direito fundamental, o que permite que, através do estudo da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, tenha uma concepção do que é o direito a morrer dignamente? E o porquê a dignidade humana se constitui como um de seus fundamentos?

3.2. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF, FRENTE À EUTANÁSIA

Ao consultar a jurisprudência, pouco ou nada se encontra em relação ao tema da eutanásia por parte do Supremo Tribunal Federal-STF, ou qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Na atualidade, só é discutida no sistema judicial a eutanásia em animais, em jurisprudências e programas de difusão; como foi discutido, no dia 8 de fevereiro do ano 2013, no programa do canal do Supremo Tribunal Federal, TV Justiça, o tema: Meio ambiente por Inteiro neste dia, discutia-se a eutanásia em animais e sua regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária, era permitida por meio de método tecnicamente aceitável e cientificamente comprovado, desde que fossem respeitados os princípios éticos.

No Brasil, há avanços da eutanásia em animais, por motivos compassivos, que levam em consideração só a determinação da vontade do sujeito ativo, por carecer de razão e vontade do sujeito passivo. O tema da eutanásia em pessoas é um assunto que não foi levado ainda ao STF, e o poder legislativo por sua parte preferem não levar ao debate.

Para a sociedade brasileira é mais fácil provocar ao STF para abordar temas de eutanásia que não abrange vida humana, devido à complexidade e responsabilidade derivada da eutanásia em pessoas; deixando esse trabalho ao legislador, que tampouco faz esforços em debater integralmente projetos de lei voltados à legalização e à regulamentação da eutanásia, notando-se assim, a forma passiva ou omissiva do poder legislativo, e a falta de provocação do Supremo Tribunal Federal para pronunciar-se respeito do direito a morrer dignamente.

Destarte não haveria de se falar de posicionamentos a favor ou contra a eutanásia por parte do Supremo Tribunal Federal, quando não foi manifestado ainda seu pensamento a respeito do tema, mantendo um silêncio absoluto ao respeito.

3.3. POSICIONAMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA EUTANÁSIA

No primeiro pronunciamento feito pela Corte Constitucional colombiana, que serviria como precedente dentro do marco jurídico e jurisprudencial na concessão da eutanásia como um direito fundamental, denominado de “morte digna”, a dignidade da pessoa humana adquiriu um papel fundamental, na estrutura argumentativa do nascimento desse novo direito na Colômbia.

Foi assim que, em exercício da ação de inconstitucionalidade, um cidadão impetrou ação de inconstitucionalidade contra o texto do artigo 326 do código penal, que estipulava “Homicídio por piedade” estabelecendo sanção de prisão a quem matar a outro por piedade, para pôr fim a intensos sofrimentos provenientes de lesões corporais ou enfermidade grave ou incurável. O artigo conforme o demandante vulnerava os princípios fundamentais: à dignidade humana, à pluralidade, à democracia, à vigência da ordem justa, à participação, à honra, à vida, às crenças, às liberdades, à supremacia constitucional, à primazia de direitos inalienáveis, também os direitos fundamentais à vida, não ser submetido à tortura ou tratos cruéis, ter liberdade, igualdade, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade, liberdade de consciência, também interferia nos direitos sociais, econômicos e coletivos, como a atenção à saúde e ao saneamento ambiental.

A pretendida ação foi estudada amplamente pela Corte Constitucional mediante Sentença C- 239 de 1997, na qual declarou parcialmente a inconstitucionalidade do artigo demandado, reconhecendo a prática da eutanásia, estipulando alguns critérios para sua materialização.

Dentro dos fundamentos da Corte Constitucional para o nascimento do direito a morrer dignamente, a dignidade humana cumpriu papel fundamental, pois, a Corte considerou que a Constituição ao estabelecer que o Estado colombiano esta

fundado no respeito à dignidade da pessoa humana; isso significava que, como valor supremo, irradiaria o conjunto de direitos fundamentais reconhecidos, os quais encontram o livre desenvolvimento da personalidade sua máxima expressão; assim o princípio da dignidade humana atende necessariamente à superação da pessoa, respeitando em todo momento sua autonomia e identidade. (Sentença C- 239 de 1997).

Para a Corte Constitucional, a dignidade humana com caráter de princípio reitor do ordenamento constitucional e infraconstitucional não pode deixar de ser observada na interpretação e materialização de direitos, sejam individuais ou coletivos, pois através do princípio da dignidade humana é que se estabelecem os parâmetros de aplicabilidade dos direitos e é a que permite avaliar as condições em que os direitos estão sendo exercidos.

Mas quem é o legitimado para estabelecer a ausência ou falta de dignidade humana no exercício de direitos, especificamente do direito à vida? Será que a sociedade ou Estado são os habilitados para definir quando há ausência de dignidade humana no direito à vida?

Nesse sentido, a Corte manifesta que só o titular do direito à vida pode decidir até quando a vida é desejável e compatível com a dignidade humana. (Sentença C-239 de 1997), é a mesma pessoa individualmente conforme seu desenvolvimento da personalidade, suas crenças e convicções e em respeito de sua intimidade que pode avaliar se sua vida é digna, e até quando ou que ponto pode suportar dor e sofrimentos físicos.

Conforme o desenvolvimento jurisprudencial em torno a eutanásia, a Corte foi enfática em estabelecer que o direito à vida digna envolve o direito a morrer dignamente e reitera que condenar uma pessoa a prolongar por um escasso tempo sua vida apesar de não o desejar, por padecer de graves condições médicas, implicaria um trato cruel e inumano proibido pela Constituição. Circunstância que anula a dignidade humana e autonomia da vontade da pessoa que padece de tais circunstâncias, concluindo que o Estado não pode opor-se à decisão de não seguir vivendo um indivíduo que solicita a morte assistida quando sofre uma enfermidade terminal que lhe produz fortes dores, insuportáveis e incompatíveis com sua dignidade. (Sentença T-132/16)

A Corte colombiana considerou que existe uma relação estreita entre condições de vida digna, com condições de morte digna, nesse entendimento, é a

pessoa como indivíduo dotado de razão e de liberdade de arbítrio quem pode decidir conforme a sua personalidade, se sua vida é compatível com a dignidade ou se vislumbra ausência desta em sua existência, ninguém mais tem a capacidade e faculdade de decidir por ele, tampouco de opor-se à reivindicação da dignidade que essa pessoas que sofre, sente ou considera haver perdido. Os cuidados paliativos não são instrumentos ou meios reivindicadores de dignidade para aquele paciente que não deseja prolongar sua dolorosa existência e quer pôr fim ao seu sofrimento; mesmo que os cuidados paliativos ajudem a ser suportável à existência, não satisfazem as condições de dignidade atingida pelo paciente.

Como exemplo do caso prático de reivindicação de dignidade, pode ser citado o caso do Colombiano Jorge Ivan Vélez Correa, quem, no ano 2008 solicitou a proteção de seu direito à morte digna, pois ele padecia de uma grave enfermidade incurável, denominada “*Carcinoma em Cólon ascendente com comprometimento transmural*” sendo um câncer com metástases, que comprometia alguns órgãos do Jorge. Essa doença produzia nele intensas dores e uma vida em condições pouco dignas, pois, a dose de morfina que lhe era aplicada e não mitigava seus padecimentos, sendo insuportáveis para ele. No primeiro grau judicial, foi-lhe negado o direito, e em sua impugnação ele manifestou o seguinte:

Cada minuto que el Estado me obliga a vivir, es un minuto más de padecimientos inhumanos que cercenan mi dignidad humana, por eso yo reclamo mi connatural derecho a MORIR DIGNAMENTE.
(Sentença T-1250/08)

Quando se impõe o viver como uma obrigação por parte do Estado e sociedade a uma pessoa independentemente da situação e considerações particulares de seu caso, como o caso de Jorge, essa obrigação equivale à imposição de tratos desumanos e degradantes, e viver, como direito fundamental perde seu sentido e finalidade, porque já não atinge mais o bem-estar dessa pessoa, por esse direito carecer das condições mínimas de dignidade.

Se bem, a vida em princípio é irrenunciável, a dignidade tampouco o é, mas quando se faz a comparação entre esse direito e o princípio, o reclamo que fazia Jorge de seu direito conatural de morrer dignamente, encontra sua base, em que a vida como direito está sujeita a condições ou fases biológicas naturais do ser humano e a qual finaliza com a morte. A dignidade humana não está sujeita a

nenhuma condição ou fase biológica, pois o indivíduo deverá estar dotado de dignidade em qualquer fase biológica que se encontre, gestação, nascimento, vida, morte e após da morte.

Portanto o direito fundamental a morrer dignamente conforme a Corte constitucional colombiana em Sentença de tutela T-970 de 2014 é um direito fundamental, garantia esta; que se compõe em dois aspetos básicos: como a dignidade humana e a autonomia individual. A dignidade humana é um pressuposto essencial do ser humano que lhe permite razoar sob o que é correto ou não, sendo também indispensável para o gozo do direito à vida.

O direito a morrer dignamente é um direito autônomo conforme a Corte Constitucional, ainda que relacionado com a vida e outros direitos. Sendo assim, não é possível considerar a morte digna como um componente do direito à autonomia, assim, tampouco é criterioso entendê-lo como uma parte do direito à vida; pois ao critério da Corte Constitucional, a morte digna trata-se de um direito fundamental complexo e autônomo, que tem todas as características e atributos das demais garantias constitucionais desse alcance. Quando a Corte fala de direito complexo, refere-se a que esse direito seja considerado dessa forma por depender de circunstâncias muito particulares para constatá-lo, e sua vulneração não é uma medida de outros direitos.

Nesse aspecto, o que a Corte indicou, é que para tutelar o direito a morrer dignamente, deve-se solicitar ao judiciário o mandado de segurança, e a pessoa que invoca o direito pretendido não precisa buscar apoio na vulneração de outros direitos fundamentais para que o direito essencial a morrer dignamente lhe seja concedido, basta invocar o direito fundamental a morrer dignamente, e cumprir com os requisitos exigidos para sua materialização, pois, trata-se de um direito complexo, que exige preenchimento de condições específicas para sua concessão.

A morte digna não é um direito ampliado para todas as pessoas, pois, se restringe para aquelas pessoas que, de conformidade com Corte em Sentença de constitucionalidade C- 239 de 1997, cumprem com requisitos recomendados e estabelecidos, como: i- padecer uma enfermidade terminal que produza intensas dores, ii- o consentimento livre, informado e inequívoco. Frente ao cumprimento desses requisitos desprende-se a fundamentação lógica dos elementos bases para configurar a eutanásia como direito fundamental, como a dignidade humana e autonomia da vontade.

3.4. DIREITO A MORRER DIGNAMENTE BASEADO NO DIREITO DA AUTONOMIA DA VONTADE DA PESSOA HUMANA.

Autonomia da vontade da pessoa representa um dos maiores atos de raciocínio do homem, e se constitui como um direito, considerado como o núcleo essencial do pensamento moral das pessoas que manifestam sua vontade na tomada de decisões livres de toda coação, em aspectos de sua vida, nos âmbitos sociais, econômicos, políticos, culturais, morais, religiosos etc., como reconhecimento de sua dignidade, e liberdades.

A positivação da autonomia da vontade da pessoa no texto constitucional colombiano de 1991 não se consagra taxativamente como um direito fundamental, mais, consagrou o direito que toda pessoa tem ao livre desenvolvimento de sua personalidade, o que implica, pela interpretação feita pela mesma Corte Constitucional na Sentença –T 542 de 1992, que ao falar do livre desenvolvimento da personalidade é o mesmo que “autonomia da personalidade”, que compreende toda decisão que inicia na evolução da pessoa nas etapas da vida nas quais têm elementos de juízo suficientes para decidir.

No Brasil, a autonomia da vontade ainda que não fosse estipulada taxativamente, ampla gama de direitos que trouxe a Constituição de 1988, como os direitos da personalidade, direito à liberdade, e à expressão contida no artigo 5 § II; que estipula que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, permite ter um esclarecimento da importância que o legislador brasileiro concedeu autonomia da vontade do indivíduo.

Mas, por que a autonomia individual tem relevância no ordenamento jurídico?

A autonomia compreende aqueles aspectos da autodeterminação do indivíduo, não garantidas de forma especial por outros direitos, de forma tal que as pessoas possam gozar da proteção constitucional, sem intromissões e sem pressões, nas decisões que estime importante em sua própria vida.

O legislador previu a autonomia da vontade como um direito no qual as pessoas manifestam seu consentimento para criar atos jurídicos, direitos ou obrigações, no âmbito contratual, mas limitou essa autonomia com os chamados “vícios de consentimento”, como são o erro, a força e o dolo; prevendo quando a

autonomia dessa vontade não tem validade; neste aspecto, o que se pretendia com essa limitação era proteger a pessoa de toda decisão que não expressara realmente sua verdadeira intenção, por circunstâncias externas.

Também o legislador discriminou certo grupo de pessoas que não tem juridicamente autonomia, seja absoluta ou relativa, por ser carentes de consciência para manifestar consentimento, por determinada situação e condição, ou seja, são pessoas com limitações cognitivas, pessoas em estado de inconsciência, pessoas da terceira idade no estado de confusão, crianças, menores de idade, e as pessoas que não podem dar-se a entender por ter limitações auditivas e de linguagem o que juridicamente se conhece como pessoas incapazes de criar atos jurídicos.

Fora dessas limitações relativas na autonomia da vontade da pessoa, existem outras que o Estado tem imposto como modelo moral, político ou religioso na sociedade, que embora não estejam consagradas expressamente na norma jurídica, restringem a autonomia da vontade das pessoas até em seus aspectos mais intrínsecos, como a morte e a vida, o Estado utiliza como vanguarda o bem estar de todos, onde a vontade individual se vê submetida a uma vontade geral; o que permite ao Estado atuar e decidir livremente sobre a vida das pessoas.

A Constituição também impôs limites à autonomia individual, com a finalidade de proteger e garantir em igual medida os direitos de todas as pessoas, portanto o indivíduo goza da autonomia de desenvolver-se conforme as suas convicções íntimas que lhe são permitidas exteriorizar, o que chamaria Foucault (1926-1984, p. 35) de atuar como indivíduos no espaço público, para contemplar-se como um sujeito universal.

Portanto, essa limitação da autonomia significa os deveres do sujeito em seu relacionamento social; razão pela qual as constituições de países como Brasil e Colômbia dentro da estrutura do texto constitucional estipulam de igual modo os direitos e os deveres do indivíduo e do Estado.

A Constituição; ao proteger a liberdade de consciência e de pensamento do indivíduo o reconhece como ser único e diferenciado com capacidade de raciocinar e discernir sem que exista coação exterior que obrigue a pensar e atuar de forma contrária a seu foro íntimo ou exerça punição quando se manifestar aberta e publicamente sua razão prática.

No âmbito normativo, a vontade da pessoa vem a representar maior relevância no direito civil, na Constituição de negócios ou atos jurídicos ao

estabelecer-se como um dos elementos essenciais da capacidade do indivíduo para manifestar sua vontade, é dizer, a vontade se encontra limitada pela capacidade do indivíduo para produzir atos jurídicos; nesse sentido, o Estado classifica as pessoas em capazes e incapazes, e quando tem validade ou não a expressão da vontade das pessoas, a respeito indica Diniz (1984-1985, p. 225,226):

Toda doutrina é unânime em salientar que a declaração da vontade é elemento essencial do negócio jurídico. Para que este validamente exista, é indispensável a presença da vontade e que esta haja funcionado normalmente. Só então o negócio jurídico produz efeitos jurídicos colimados pelas partes. [...] se a vontade for inexistente, o negócio jurídico [...] será nulo. [...]

A legislação contempla os eventos no que a vontade é inexistente e são aqueles casos em que existe coação exterior que impede de expressar o que realmente o indivíduo sente e deseja como o erro, a força e o dolo. Em matéria civil; existe então a intervenção plena e direta do Estado a regular taxativamente a limitação da autonomia das pessoas a respeito de quando possa ou não produzir negócios jurídicos.

Os seres humanos têm um elemento diferenciador dos demais seres vivos, o qual é a razão, já que lhe permite contemplar, questionar e buscar respostas a inúmeros assuntos ao longo de sua existência; essa capacidade de raciocinar é a que identifica cada indivíduo como ser único e individual, sendo capaz de exteriorizar sua forma de expressar sua vontade e fazer escolhas de como agir de forma autônoma dentro de uma coletividade.

A autonomia da vontade individual em países como na Colômbia, tem sido base ou fundamento no reconhecimento de novos direitos, entre eles o direito a morrer dignamente, portanto se faz necessário dentro deste capítulo analisar o que é autonomia, para entender o porquê se constitui como um dos fundamentos essenciais para o reconhecimento da eutanásia como direito fundamental em paciente em estado de consciência e com plena capacidade de decisão.

3.5. AUTONOMÍA

A autonomia da vontade se desprende do direito fundamental inviolável da liberdade, ainda que expressamente não se encontre taxativamente dentro do conteúdo constitucional o direito da autonomia da vontade, este encontra seu fundamento no livre desenvolvimento da personalidade ou nos direitos dos direitos da personalidade que tem o caráter de invioláveis.

Que é autonomia? Conforme Cesar Fiuza a autonomia designa o poder de autodeterminação do homem, marcado pela liberdade de tomar decisões. (2007 p.58)

Em seu contexto mais específico, o dicionário da Real Academia Espanhol vem a dar o significado da Autonomia complementado com a vontade como a capacidade dos sujeitos de direitos para estabelecer regras de conduta para si mesmos e em suas relações com os demais dentro dos limites que a lei indica (*RAE 2016, Diccionario de la Lengua Española- Autonomia.*). (Tradução nossa).

Passando de um conceito geral a um mais concreto no instituto de investigações jurídicas da UNAM em sua biblioteca jurídica virtual (UNAM, 2016) encontramos o conceito da Autonomia definido como “a faculdade que tem uma pessoa de dar para si suas próprias normas, seja um indivíduo, uma comunidade, ou um órgão do Estado”. (Tradução nossa).

Portanto essa faculdade do indivíduo baseado na razão definida como autonomia vem a ser então a mesma essência de cada ser humano que expressa a vontade conforme sua capacidade de raciocínio o que lhe permite direcionar seus atos e decisões em contextos individuais e sociais; pelo que é fundamental o reconhecimento e respeito da autonomia como um direito inseparável do indivíduo já que está reflete seu pensamento, o que permite o pleno desenvolvimento de sua personalidade como garantia e efetivação da dignidade humana.

3.5.1. Conceito da autonomia individual

A conceituação da autonomia individual como *prima facie* pressupõe a liberdade do indivíduo de atuar e pensar conforme sua razão; não obstante, essa liberdade tem componentes externos que impõem limites a essa vontade, como os padrões de conduta que se pressupõem como requisitos para que o indivíduo não

esteja afastado e possa pertencer a uma coletividade social. Portanto autonomia do indivíduo vem a fazer o tema central da discussão das sociedades e dos Estados, no que se busque, com base nesta, reconhecer, ampliar ou limitar direitos.

Sendo o núcleo essencial deste artigo a autonomia individual e não administrativa do Estado, o conceito mais amplo a respeito explica que a autonomia individual é a liberdade de toda pessoa de desenvolver sua personalidade sempre que não afete os direitos de outras pessoas, conforme John Rawls, “cada pessoa deve desfrutar de um âmbito de liberdade tão amplo como seja possível, compatível com um âmbito igual de liberdades de cada um dos demais” (1977). Esta autonomia individual supõe a existência de comportamentos sobre os quais cada pessoa pode decidir. É necessário o respeito a tais comportamentos que implica ao Estado o dever de proteger as liberdades que permitem a cada pessoa viver sua vida moral plena, razão pela qual o Estado não pode impor a uma pessoa o que outra ou outras pessoas vivem como sua obrigação moral (EL UNIVERSO Autonomia Individual, 2008, tradução nossa).

Portanto, a Autonomia do indivíduo como elemento essencial para o desenvolvimento de sua personalidade vem a significar a concretização de suas liberdades proclamadas e reconhecidas desde 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; liberdades também reconhecidas pelas constituições da Colômbia e Brasil. Embora que essas liberdades como expressão máxima da vontade do indivíduo impliquem não só direitos como também obrigações com os demais indivíduos, os limites impostos à autonomia individual devem ser mínimos, e a liberdade de pensamento e consciência, exteriorizadas através da expressão, devem ser garantidos conforme a razão de cada pessoa.

3.5.2. Autonomia individual e social

A autonomia no contexto sociológico e filosófico adquire significâncias distintas: Quem é o legitimado para exercer essa autonomia, o indivíduo ou a sociedade? A sociedade limita o direito da autonomia individual, o indivíduo pode agir conforme suas próprias prerrogativas?

A divergência diz respeito às duas posturas: / - prevalência da autonomia

social acima da autonomia individual, no que se considera o indivíduo obrigado a comportar-se de uma determinada forma com a finalidade de cumprir padrões morais impostos pela sociedade, e que não se fala de um pensamento individual, mas sim coletivo; // - a prevalência da autonomia individual em que a pessoa sendo parte de uma coletividade social possa agir e pensar conforme sua razão sem interferências externas; essas duas posturas encontram suas bases nos estudos realizados pelos pensadores Foucault (1926-1984) e Durkheim (1858- 1917).

O pensamento subjetivista do filósofo Foucault permite ajustar a autonomia no contexto individual, ao fazer uma análise do planejado por Kant, na qual nós somos peças de uma máquina, situada num dado lugar, com certo papel preciso a desempenhar, enquanto há outras peças da máquina que têm outros papéis a desempenhar.

Nessa medida, Foucault (1926-1984, p. 34-35) manifesta que o ser humano não funciona como sujeitos universais, mas funcionam como indivíduos, que devemos fazer um uso particular e preciso da nossa faculdade dentro de um conjunto, que, é encarregado de uma função global e coletiva; mas, quando fazemos uso de nosso entendimento e de nossas faculdades, quando nos situamos em um elemento universal, podemos figurar como sujeito universal enquanto indivíduos racionais, nos dirigimos a um conjunto de seres racionais. Nessa medida, quando atravessamos os limites legítimos da razão é que somos levados a apelar para uma autoridade que situa ao indivíduo em um estado de minoridade.

Nesse sentido, Foucault contempla que é o raciocínio do sujeito que lhe dá essa autonomia e liberdade absoluta da forma de pensar e atuar como indivíduo no espaço público, isso é o que lhe permite sair do estado de minoridade a um estado de maioridade, a contemplar-se como um sujeito universal.

A autonomia social, ao contrário do pensamento de Foucault, quando se faz uma relação entre autoridade moral e autonomia é concebida como problemática na sociologia estrutural de Émile Durkheim, já que a sociedade é concebida como um poder moral que obriga a criatividade dos sujeitos se vê escassamente desenvolvida. Sobre essa base a autoridade moral da sociedade é assumida como um princípio rígido de determinação no qual a participação do indivíduo se regula a um modo de atuar pautado. Nesse sentido, nas regras de método sociológico, os fatos sociais parecem operar como “moldes” sobre os que literalmente o indivíduo simplesmente “verte” sua ação o papel da autonomia é nulo (GUTIÉRREZ, 2008,

tradução nossa).

Por sua parte, Durkheim se refere é que não pode falar de uma consciência ou pensamento individual, mas sim de uma consciência coletiva denominada moral, portanto as regras de ação e de pensamento não são impulsos do indivíduo, mas sim do conjunto de fatos sociais que impõem uma determinada forma de agir através da coerção social; para Durkheim a sociedade está por cima do indivíduo e não ao contrário; posto que para ele o individualismo ou subjetivismo é a manifestação de fins utilitaristas.

Com a positivação do direito, estes deixaram de ser gerais e abstratos, para serem garantidos de forma individual e concreta; e com a declaração e reconhecimento das liberdades individuais, em declarações internacionais e disposições constitucionais internas de países como Brasil e Colômbia, é possível concluir que a tese que existe na prevalência da autonomia individual, no contexto atual, é a que encontra um maior sentido e finalidade na concretização dos direitos individuais, tais como liberdade de consciência, pensamento, expressão e livre desenvolvimento da personalidade; já que o ser humano conforme a sua razão pode decidir livremente sem coações sobre aspectos íntimos de sua vida, sem ser oprimido e repudiado pela sociedade e desprotegido pelo Estado.

3.6. EUTANÁSIA

A morte do ser humano é vista por muitos homens além de um ato ou ciclo natural da vida, como o encerramento da vida que encadeia todo tipo de crenças místicas. Desde antiguidade até a contemporaneidade, a morte representa o encerramento da presença física e a liberdade da alma. No contexto jurídico, a alma do ser humano, atribuída por crenças místicas, equivaleria à dignidade da pessoa humana, pois é esta a essência do ser humano, intrínseca a ele, sem a qual não poderia deixar de ser considerada sua existência, ou ter a concepção atual de humanidade.

Como poderia fala-se nas crenças místicas da existência de um homem sem alma? E no campo jurídico, como poderia falar-se de homem sem dignidade? Não é concebível tal concepção em nenhum dos casos, pois, no primeiro, o homem, para as crenças religiosas, sempre estará dotado da alma a qual será libertada do corpo,

com a morte, e; no segundo, o homem, para o campo de direito, sempre estará dotado de dignidade, a qual em casos específicos, só pode ser reivindicada com a morte através da eutanásia; em razão que a dignidade humana se estende aos campos abstratos, além da vida.

A morte é o mistério da vida o qual se tem medo de descobrir, tal como explica Edgar Morin: (1970, p, 291):

Verifica-se, pois, que a morte pretensamente natural foi uma descoberta tardia da vida, uma das suas oportunidades ou das suas astúcias, se quiser, o seu <<luxo>>, como diria G. Bataille. Situa-se, portanto, num momento da *história viva*. Por isso, o problema mais apaixonante, e mais misterioso ainda do que esse, em vias de resolução, da origem da vida, é sem dúvida o da origem da morte.

A origem da morte é tema de discussão central no direito a morrer dignamente, portanto, não é a morte em si o que se discute, é a forma como é originada, que não é produzida de forma natural, com ajuda. A concepção de naturalidade da morte, muitas vezes; implica dor e sofrimento antes da morte, e é precisamente o que se pretende evitar com a eutanásia, pois, esses estados do ser humano que originam dor e sofrimento físico não são compatíveis com a dignidade humana.

A humanização do direito, a partir da segunda guerra mundial, pôs o homem e sua dignidade como o fundamento central e sujeito de proteção que atinge a finalidade de todos os Estados democráticos de Direito, proibindo e repelindo qualquer forma que degrade a condição de humanidade, buscando sempre proteger e reivindicar sua dignidade. A eutanásia se apresenta como instrumento reivindicador de dignidade do ser humano, razão pela qual, em muitos países, é considerada como direito fundamental.

Nem sempre a eutanásia deve ser considerada reivindicadora de dignidade, pois, devem ser levadas em consideração as diferentes classificações e peculiaridades que da eutanásia se desprende; por exemplo, na Colômbia só é legal ou direito fundamental a morrer dignamente, derivado do procedimento de eutanásia voluntária positiva, em paciente que se encontra em estado consciente e com capacidade de manifestar vontade. E como instrumento reivindicador da dignidade, é negado a pessoas que não têm capacidade. Portanto se faz necessário atender às

classificações e peculiaridades em que a eutanásia é concedida como direito fundamental.

A respeito da distinção, Augusto Cesar Ramos (2003, p.109) indica:

Há de fixar-se, inicialmente, a distinção entre eutanásia natural e eutanásia voluntária ou provocada. A primeira “resulta da debilidade progressiva das funções vitais”, que se extinguem paulatinamente na medida que a idade avança, enquanto na segunda “a morte pode ser induzida pelo próprio paciente, sem conhecimento e cooperação de outras pessoas. Ou pode ser efetuada por outros, a pedido do paciente ou com seu consentimento.”

A importância da distinção dos tipos de eutanásia é fundamental para esclarecer o tipo de eutanásia que se atinge como proposta para sua configuração como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro; sendo de interesses do presente estudo a eutanásia voluntária ou provocada, efetuada por médico especializado, a solicitação e com o consentimento do paciente, sobre o qual recai o procedimento eutanásico. Derivando-se assim a importância da autonomia da vontade como fundamento do direito a morrer dignamente.

Além dos tipos ou classificações da eutanásia, é importante e necessário delimitar as formas de execução da eutanásia, as quais podem ser ativas ou passivas, tal como o contempla Augusto Cesar Ramos: (2003, p.110)

Quanto à execução, a eutanásia pode ser ativa ou passiva. Eutanásia ativa, também denominada de eutanásia comissiva ou positiva, “consiste na realização de atos positivos com o fim de dar a morte a alguém, eliminando ou aliviando seu sofrimento”. Eutanásia passiva, também designada de eutanásia omissiva ou negativa, por seu turno, “consiste na omissão de tratamento ou de qualquer meio que contribuía para a prolongação da vida humana, irreversivelmente comprometida, acelerando, assim, o desenlace mortal.”

A Eutanásia omissiva ou negativa é aplicada conforme a vontade do paciente e sua negativa de aceitar tratamentos ou procedimentos médicos invasivos de seu corpo para prolongar sua vida, proporcionando cuidados paliativos, procedimento que é conhecido como a ortotanásia.

No Brasil, essa figura de eutanásia é aceita, médica e socialmente através da figura jurídica conhecida como testamento vital, a qual é utilizado como ferramenta da manifestação de vontade antecipada, na qual é exercida por algumas pessoas,

deixando instruções do que fazer, no caso de chegar a padecer de doenças graves e incuráveis.

Embora seja uma figura aceita legalmente, na atualidade, além de uma resolução emitida pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.995/12, não existe Legislação específica que regule o tema do testamento vital, ou nenhuma determinação legal para que esse testamento seja formalizado, revestido de eficácia e legalidade perante terceiros e ao Estado.

Sendo assim, onde permeiam muitas brechas jurídicas, tais como, a forma como procederia esse direito protetivo da intimidade, qual seria seu alcance e limites? Quem seria o designado de exercer controle, vigilância? Entre outras interrogações.

Ao analisar o contexto jurídico normativo brasileiro, nota-se que, na atualidade o testamento vital na legislação doméstica só opera em situações de eutanásia passiva denominada Ortotanásia. A existir certos avanços e aceitação da eutanásia passiva, o foco deste estudo centra-se na eutanásia ativa, que consiste em adiantar a morte, em atenção à vontade do paciente, através de procedimentos realizados por médico especializado, a fim de evitar o sofrimento do paciente com doença terminal.

Nesse sentido, a delimitação da eutanásia, objeto de análise, é a eutanásia voluntária ou provocada, executada de forma ativa em pacientes terminais, conscientes e que têm a capacidade de manifestar vontade própria.

3.6.1. Considerações preliminares

A eutanásia distingue-se de outros tipos de procedimentos médicos voltados ao cumprimento da vontade do paciente, quando se encontra frente a situações que o levam ao final do ciclo da vida. Procedimentos, como a vontade antecipada e Ortotanásia, são sem muita discussão aceitos em sistemas jurídicos de alguns países, surgindo no Brasil com mais naturalidade. Quais são essas distinções entre eutanásia, vontade antecipada, Ortotanásia e distanásia?

Para compreender a diferenciação entre eutanásia, vontade antecipada, Ortotanásia e distanásia, é necessário conhecer os conceitos. A eutanásia

etimologicamente conforme Augusto Cesar Ramos: (2003, p. 103-104), “(...) se origina do latim “euthanasia”, em que, “eu” significa bem, e “thanasia”, morte. Traduz-se, portanto, na boa morte, morte suave, morte fácil, sem dor nem sofrimento, sem angústia”

A morte não necessariamente significa sofrimento ou dor de quem chega a esse estágio do ciclo vital; ao ser inevitável busca-se proporcionar qualidade e dignidade na forma de morrer, quando já não é possível ter essa qualidade e dignidade nesse último estágio da vida; razão pela qual, desde a antiguidade, se catalogou a eutanásia como o morrer bem, sem nenhum tipo de situação que leve a angustia, desespero, degradação, e decadência da condição de humanidade de doente.

Conceitualmente, a eutanásia é descrita por Maria Elisa Villas-Bôas: (2005, p.7):

A relação da sociedade com a morte tem-se mostrado assaz variável ao longo da história humana. Reflexamente, altera-se também a interpretação moral, social e jurídica conferida à situação em que o indivíduo, geralmente o médico, vem a interferir no momento da morte, em nome do bem-estar do paciente, a fim de libertá-lo de um estado de dor e sofrimento. A essa prática se chama, genericamente, *eutanásia*.

Na eutanásia, o médico age com a finalidade de adiantar a inevitável morte de pacientes que padecem dores e sofrimentos, essa ação efetuada pelo médico busca atender a vontade do mesmo paciente, atuando sempre na procura do que é melhor para ele, em concordância com o princípio da beneficência. A eutanásia é então o exercício da liberdade, em situações conflituosas entre a vida e dignidade, apresentando-se como a única forma de aliviar ou terminar com condições desumanas causados por doenças irreversíveis.

Por sua parte, a vontade antecipada é definida por Diego Valadéz (2008, p. 90) como *a liberdade que tem toda pessoa para conhecer e decidir acerca das implicações de um tratamento médico, e para determinar em que condições e até quando está disposta a suportar um padecimento irremediável, em ocasiões com dores extremas e que desde sua perspectiva afete sua dignidade pessoal. Este conceito inclui dois grandes rubros: a supressão de um tratamento e a terminação voluntária, incluso assistida, da vida.*

Da vontade antecipada, desprende-se o testamento vital como figura jurídica, para dar instruções prévias do que fazer, se a pessoa chega a padecer de doenças graves e incuráveis ficando em estado de inconsciência ou incapacidade. Assim, determinando se querem ou não ser submetidas a tratamentos ou procedimentos terapêuticos para prolongar sua vida, buscando dessa forma, proteger sua intimidade naquelas circunstâncias em que não é possível ser manifestada autonomia de sua vontade por meio da voz ou escrita, por estar em estado de inconsciência ou incapacidade.

A autonomia vital só pode ser manifestada por pessoas que racionalmente podem tomar decisões, fazer escolhas, determinar-se, e conhecer as implicações de como um determinado tratamento ou procedimento médico intervêm em sua saúde, com a finalidade de decidir se quer ou não aquele tratamento. Estabelecendo assim um limite a intervenção de procedimentos médicos que não são revestidos de anseios de curar, e que buscam só prolongar a existência, independentemente da dor e sofrimento do paciente. A autonomia vital se assemelha á eutanásia em paciente consciente e capaz, na manifestação pessoal, como produto da autonomia do paciente.

A distanásia, por sua parte, é oposta totalmente da eutanásia ativa, da vontade antecipada e ortotanásia, pois, o paciente não tem mais autonomia de decidir, atendo-se a paternalismo médico. A distanásia é explicada por Gisele Mendes de Carvalho: (2001, p.25)

A distanásia (do grego *dis*, afastamento, e *thánatos*, morte) consiste no emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo possível a vida humana. Em realidade, a distanásia deve ser entendida como o ato protrair o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento inútil.

O prolongamento da vida se situa como objetivo principal da atividade médica na figura da distanásia, não sendo mais relevante o princípio da beneficência, o que significa fazer o que é melhor para o paciente, pois se presume que o melhor para o paciente é permanecer com vida, independentemente da dor e sofrimento que isso signifique. A autonomia do paciente é nula, não existindo o respeito de sua intimidade, tampouco existindo a relação médico – paciente; já que o médico é quem

decide, abarcando com toda a responsabilidade do que fazer em situações conflitantes com os interesses do próprio paciente, obstinando-se em preservar os sistemas vitais e não a dignidade humana.

A ortotanásia se apresenta como o ponto entre a eutanásia ativa e a distanásia, considerada como a morte correta, sem adiantamentos ou prolongamentos do ciclo vital, como explica Gisele Mendes de Carvalho (2001, p.27):

A ortotanásia (do grego *orthós*, normal, correta e *thánatos*, morte), nesse sentido, pode ser definida como “a deliberada abstenção ou interrupção do emprego dos recursos utilizados para a manutenção artificial das funções vitais do enfermo terminal, deixando assim, que ele morra naturalmente, nos casos em que a cura é considerada inviável”.

A ortotanásia é vista como a humanização no processo da morte, e o respeito da intimidade com a não invasão do corpo, com tratamentos medicinais que não levam a uma cura. Ainda que parecera cumprir com os mesmos requisitos da eutanásia para sua aplicação, como a manifestação de vontade, a ortotanásia tem uma finalidade completamente distinta da eutanásia; pois, o que busca é que a morte chegue em seu devido tempo de forma natural, sem que exista intervenção médica que prolongue ou adiante a chegada da inevitável morte, a eutanásia ativa por sua parte busca que não seja necessário esperar a morte natural, senão adiantá-la para que o paciente não sofra ao final de seus dias.

Embora a ortotanásia se apresente como a melhor forma de morrer, não satisfaz completamente o restabelecimento da dignidade humana, pois a dor e sofrimento são deixados ao azar, e a espera natural da morte pode chegar a ser traumática e inumana.

A vontade antecipada ou testamento vital no Brasil e na Colômbia permite que o procedimento de ortotanásia possa ser aplicado naqueles casos em que o paciente já não tem mais capacidade ou consciência para decidir o que deseja, por causa da doença que o impossibilita manifestar vontade. Autonomia vital surge como a manifestação da vontade dos indivíduos para decidir submeter-se ou desistir de tratamentos médicos para o prolongamento da vida, quando se tem doenças incuráveis. No Brasil e na Colômbia, o testamento vital como manifestação

antecipada de vontade não pode ser aplicado ao procedimento eutanásico ativo ou positivo, operando só para processos de ortotanásia.

Em atenção aos anteriores procedimentos médicos de eutanásia, ortotanásia, distanásia e vontade antecipada, nasceu a necessidade de o direito regular normativamente todos esses aspectos que incidem diretamente na vida das pessoas quando se encontram em estado de vulnerabilidade, causado por uma doença, visando sempre ao valor da vida, e da dignidade da pessoa humana. É assim que o biodireito ganhou espaço nos contextos atuais, como o explica Augusto Cesar Ramos (2003, p.69-70):

Impõe-se, assim, ante a multifacetada evolução no campo da biotecnologia a necessidade de o direito regular os limites de sua aplicação na saúde da sociedade. É nesse cenário que nasce o biodireito, ramo recente da ciência jurídica que visa nortear “o dilema da tomada de decisão sobre o ponto em que as possibilidades tecnológicas se tornam desejáveis para os indivíduos e para a espécie humana”, que é, em outras palavras, “o de responder à indagação: tudo o que é tecnicamente possível se comporta como eticamente admissível? ”

O biodireito, como ramo do direito, na atualidade, ainda busca dar resposta aos divergentes pensamentos que surgem sobre a eutanásia e suas modalidades. Em países como Brasil, onde não existem legislação e jurisprudência sobre o tema, faz-se necessário o estudo paralelo de normatividades e de aplicabilidade do direito a morrer dignamente, com a finalidade de criar concepções e lineamentos de pensamentos que permitam o desenvolvimento do biodireito em temas tão controversos como a eutanásia.

A indagação de tudo o que é tecnicamente possível se comporta como eticamente admissível em temas de saúde, não tem resposta genérica e certa, devido que as respostas a essa indagação se mostram variáveis conforme a moral dos diferentes contextos sociais; sendo precisamente a moral o fator determinante para que em países como Colômbia a eutanásia seja considerada como direito fundamental, e em países como Brasil, seja penalizada como uma modalidade de homicídio assistido.

3.6.2. Requisitos do exercício da Eutanásia em paciente consciente e capaz conforme os critérios da Corte Constitucional colombiana

A eutanásia voluntária positiva é a que cumpre com os fundamentos da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, pois, só o paciente, em estado de consciência e com capacidade, pode manifestar seu anseio do procedimento eutanásico e avaliar se sua atual situação é compatível com sua ideia de vida digna, assim, foi interpretado e aceito pela jurisprudência na Colômbia.

Em atenção à capacidade pessoal, que a mesma Corte Constitucional colombiana estabeleceu em Sentença C-239 de 1997, alguns pontos legais para a regulação da eutanásia, como a verificação estrita de médico competente, da situação real do paciente, da enfermidade que padece, da maturidade de juízo e da vontade inequívoca de morrer, e as circunstâncias pelas quais deve ser manifestado o consentimento da pessoa que consciente em sua morte ou solicita que se de termine a seu sofrimento, sendo rigorosa forma como deve expressá-lo, a verificação de sua capacidade intelectual feita por um médico competente, etc.

No Auto 414A/15¹⁰, que resolvia uma solicitação de nulidade da Sentença T-970 de 2014, em que se debatia o direito a morrer dignamente de uma paciente com enfermidade terminal; a Corte Constitucional colombiana reiterou os requisitos para o procedimento de eutanásia, pois ela observou que, ainda depois de 18 anos, se apresentava ausência de uma regulação normativa do direito a morrer dignamente, o que representava uma barreira para que esse direito fosse materializado. Considerando assim, para que o direito a morrer dignamente fosse garantido, a Corte considerou que devia dar pautas normativas para facilitar seu exercício, sem prejuízo de que o Congresso da República devia fazer em desenvolvimento da cláusula geral da competência em matéria legislativa outorgada pela Constituição, e conforme as diretrizes traçadas no auto, o Congresso procedera a regulação do direito a morrer dignamente.

¹⁰ Auto 414A/15 Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-970 de 2014. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA .Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015). Corte Constitucional de Colombia.

Ainda que no primeiro pronunciamento da Corte Constitucional, feito no ano 1997, deu-se reconhecimento do direito fundamental a morrer dignamente na Colômbia, e exortou ao Congresso a legislar sobre a regulação do exercício desse direito, fazendo o Congresso colombiano, caso omissis a seu dever e ignorando os pronunciamentos do supremo órgão constitucional, ficam sem regulação alguma ao exercício desse direito, apresentando-se lacunas jurídicas, pois, tinha-se o direito substancial, mas não se tinha o direito procedimental ou diretrizes de como devia ser aplicado esse direito específico, circunstância que gerava inconvenientes para seu exercício quando dito direito era invocado.

Foi assim que a Corte Constitucional da Colômbia implantou como regras mínimas para garantir a materialização do direito a morrer dignamente no Auto 414A/15 as seguintes:

I – Padecimento de uma enfermidade terminal que produza dores intensas: esse requisito deve ser observado desde dois pontos: um objetivo e outro subjetivo. Objetivo implica que a enfermidade deve estar qualificada por um especialista, como terminal, ademais, deve produzir dor intensa e sofrimento. O elemento subjetivo adquire relevância em dor e sofrimento intenso que essa enfermidade cause ao paciente; pois, ninguém mais que o próprio paciente sabe que algo lhe causa um sofrimento insuportável que faz que seja incompatível com sua própria ideia de dignidade.

II – O consentimento livre, informado e inequívoco: Além, do primeiro requisito deve mediar o consentimento do sujeito passivo, portanto deve ser uma pessoa com capacidade intelectual suficiente para compreender sua situação em que se encontra por sua enfermidade, quais são as opções terapêuticas e qual é seu prognóstico de vida. O consentimento livre implica na não intervenção de terceira pessoa na decisão, devendo ser genuína a vontade do paciente de pôr fim ao intenso dor que padece, a qual deve ser informada e sem equívocos na decisão, devendo ser reiterativa a solicitação de aplicação do procedimento eutanásico.

Esse consentimento livre, manifestado e inequívoco, deve ser garantido por um comitê científico interdisciplinar de acompanhamento do paciente e sua família durante o processo. As diretrizes do procedimento devem ser feitas pelo Ministério de Saúde e ser aplicadas por prestadores dos serviços de saúde, os quais devem conformar o grupo de profissionais especializados interdisciplinar que cumprir com várias funções quando seja solicitado por um paciente o direito a morrer dignamente.

A forma de manifestação do consentimento do paciente pode ser formal ou informal, portanto a pessoa pode manifestar por qualquer meio seu desejo de que

lhe seja aplicado algum procedimento para garantir seu direito a morrer dignamente, sendo verbal ou escrita.

Além dos requisitos expressos pela Corte, o Supremo Órgão determinou no Auto 414A/15os critérios a observar na materialização do direito a morrer dignamente como: (i). a prevalência da autonomia do paciente: sendo só em situações objetivas e imparciais (ii). Celeridade: o procedimento deve ser rápido, ágil sem ritualismos excessivos. (iii). Oportunidade: que a vontade do sujeito passivo seja cumprida em tempo, para não prolongar excessivamente sua dor e sofrimento. (iv). Imparcialidade: os profissionais da saúde devem ser neutros na aplicação dos procedimentos orientados a efetivar o direito a morrer dignamente.

Tanto os requisitos e critérios estabelecidos pela Corte no ano 2015 serviram como diretrizes para a expedição da Resolução 1216 de 20 de abril de 2015 do Ministério de Saúde e Proteção Social, referente às diretrizes para a organização e funcionamento dos Comitês para fazer efetivo o direito a morrer com dignidade.

O que se observa dos requisitos e critérios expressados pela Corte e conteúdos na Resolução 1216 de 20 de abril de 2015, é que a aplicabilidade do direito a morrer dignamente na Colômbia é um procedimento de via administrativa e não judicial, não sendo, portanto, necessária a autorização de um juiz para a aplicabilidade do procedimento eutanásico, bastando só a solicitação do paciente ao médico, para que estes mediante tramites administrativos avaliem o cumprimento dos requisitos exigidos.

3.6.3. Contexto social e jurídico atual da eutanásia no Brasil

Atualmente, a eutanásia no Brasil é tema de debate do meio acadêmico, não existindo um posicionamento jurídico por parte do judiciário e tampouco do poder legislativo, além do estipulado no código penal, que estabelece a eutanásia como uma modalidade de homicídio privilegiado.

Existe normatividade que regula os centros hospitalares especializados no serviço de cuidados paliativos, como a Portaria Nº 140, de 27 de fevereiro de 2014, do Ministério da Saúde que Redefine os critérios e parâmetros para organização,

planejamento, monitoramento, controle e avaliação dos estabelecimentos de saúde habilitados na atenção especializada em oncologia e define as condições estruturais, de funcionamento e de recursos humanos para a habilitação destes estabelecimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

E o artigo 3º da Portaria habilitou estabelecimentos de saúde em atenção especializada em oncologia como: CACON e sua subcategoria de habilitação (com Serviço de Oncologia Pediátrica), UNACON e suas subcategorias de habilitações (com Serviço de Radioterapia, com Serviço de Hematologia e com Serviço de Oncologia Pediátrica); UNACON Exclusiva de Hematologia; UNACON Exclusiva de Oncologia Pediátrica; Serviço de Radioterapia de Complexo Hospitalar; ou Hospital Geral com Cirurgia de Câncer de Complexo Hospitalar. O funcionamento desses centros na atualidade não parece ser satisfatório ou não atinge ao total da população.

No Brasil, faz aproximadamente 5 anos que o tema da autonomia vital tem relevância como figura jurídica utilizada como ferramenta da manifestação de vontade antecipada, graças ao Conselho Federal de Medicina, que regula, mediante Resolução CFM nº 1.995/12, diretrizes aos médicos de como proceder a respeito da manifestação da autonomia antecipada do paciente; observa-se que conforme o artigo publicado pelo jornal, o sistema hospitalário do Brasil ainda não está totalmente fortalecido na implementação dos cuidados paliativos, apresentando algumas falhas, fazendo que seja prolongado o sofrimento dos enfermos terminais, diminuindo portanto sua qualidade de vida. Nessa medida, muitas pessoas em fase terminal morrem sem efetivar sua autonomia, e em estado indigno conforme sua humanidade, em alusão ao direito à vida erroneamente pregado.

Do tema final da vida, que encerra temas como eutanásia e cuidados paliativos, no mês de julho de 2017, o jornal “Folha de Londrina” publicou nas páginas 9 e 10, um artigo designado como despedida digna com o encabeçado “Brasil aparece entre os piores em cuidados paliativos”, de Carolina Avansini; o artigo apresenta o atual panorama do Brasil na temática do final da vida.

A qualidade de Morte é um tema do qual o Brasil fica longe de ter, devido à falta de cuidados paliativos para enfermos terminais; ficando o Brasil no posto 38 de 40 países que fizeram parte de uma pesquisa publicada no início da década por “*the Economist*”, conforme o jornal. A reportagem local de Carolina Avansini confrontou essa pesquisa com a opinião atual de alguns profissionais da medicina, que

confirmaram que na atualidade ainda não existe uma qualidade de morte no Brasil. Carolina Avansini (2017, p. 9) expressa:

O Brasil não é um bom lugar para morrer. O tabu em torno do fim da vida e a cultura que incentiva o investimento em incansáveis tentativas de prolongar a existência de quem já está em estado terminal são fatores que influenciam a chamada qualidade de morte no País.

Se bem que o tema debatido no artigo publicado no jornal é, cuidados paliativos e não a eutanásia, o panorama que encerra a baixa qualidade dos cuidados paliativos ofertados nos centros hospitalários do Brasil, por posicionamentos de tipo moral, educativo, etc., permite vislumbrar as dificuldades maiores que se apresentam ao debater o tema de eutanásia, tanto no contexto cultural como no contexto médico do país. O Brasil fica catalogado como um país no qual não é bom morrer a causa de doenças terminais, significa que independentemente da dor e sofrimento, a vida deve ser mantida, convertendo-se para o paciente viver um doloroso dever, e para o médico uma obrigação de manter com vida ao paciente; não sendo todos os centros hospitalários especializados em oferecimento em cuidados paliativos, devendo o paciente ser remetido para grandes centros hospitalares que ofertam o serviço, e tirando o paciente de seu entorno familiar os últimos dias de sua vida.

No artigo de Carolina Avansini, (2017, p.9) vários profissionais da saúde admitem que, no Brasil, se implemente cuidados curativos em vez de cuidados paliativos, o que fazem é prolongar o sofrimento do paciente terminal e o de sua família, sem garantir que o paciente tenha possibilidade de sobreviver com qualidade.

Dentro dos médicos entrevistados por Carolina Avansini, (2017, p.9) está o médico cirurgião César Bortoluzo, quem trabalha com gestão de hospitais e instituições de saúde para melhorar a qualidade, a segurança e a eficiência da assistência aos pacientes; quem assegurou no artigo publicado, que, no Brasil, a tradição cristã católica mais arraigada leva a uma reação negativa perante a situação da morte uma não aceitação do fim da vida, estando os profissionais da saúde inseridos nessa mesma cultura. Bortoluzo, conforme a reportagem, aponta que a forma de reverter a posição que se encontra o Brasil no ranking de qualidade

de morte é a capacitação dos profissionais para lidar com o fim da vida, disciplina que não é comum nas faculdades de medicina.

Os erros que se apresentam para garantir a qualidade da morte estão estreitamente relacionados com a falta de capacitação dos profissionais da medicina, e com falta de interesse das faculdades de medicina em estudar temas voltados ao fim da vida, conforme Bortoluzo. As disciplinas das faculdades de medicina focalizam-se só em procedimentos preventivos e curativos, o que deixa ao futuro médico uma incerteza de o que fazer ou como proceder quando o procedimento curativo não funciona mais em seu paciente, passando este a estado terminal.

A neurologista Nazah Cherif Mohamad Youssef, conselheira do Conselho Regional de Medicina de Paraná, foi também entrevistada por Carolina Avansini, (2017, p.9), quem manifestou conforme o publicado no artigo do jornal, que concordava que a qualidade de morte é ruim no Brasil exatamente porque não há oferta de cuidados paliativos para melhorar a qualidade dos últimos dias de vida.

É visível a necessidade de regulação normativa sob o tema referente à qualidade da morte no Brasil, o panorama do fim da vida não é alentador o que dificulta a aplicação e discussão de temas importantes como a eutanásia. O tema deve começar a ser debatido através de projetos de lei, pois, não só precisa que seja declarado como direito fundamental, como também precisa ser regulamentado seu exercício e estabelecer obrigações a todas as entidades que prestam serviços hospitalares e faculdades de medicina, para que ensinem, preparem e especializem os profissionais da saúde e os futuros médicos sob a importância da autonomia do paciente e a prevalência de sua dignidade.

Não todos são centros hospitalares ou entidades que prestam serviços médicos que não estão estruturados para prestação de serviços oncológicos ou cuidados paliativos; no referente à aplicabilidade de procedimento eutanásico, todos os centros hospitalares de cada cidade deveriam contar com um comitê especializado no tema de eutanásia ativa em paciente consciente com capacidade, atendendo critérios como os estabelecidos na Colômbia, como a prevalência da autonomia do paciente, celeridade, oportunidade, imparcialidade, isso com a finalidade de não cometer erros na aplicabilidade da eutanásia, ou por barreiras para a materialização do direito.

3.6.4. Contexto social e jurídico atual da eutanásia em Colômbia

Na Colômbia, a eutanásia em paciente consciente e com capacidade é protegida e reconhecida como um direito fundamental autônomo, não precisando de invocar outros direitos para que o direito a morrer dignamente seja protegido; não obstante, na atualidade, se apresentam problemas em sua materialização, devido a forma de prestação terceirizada dos serviços de saúde.

Como explica Marta Isabel Pereira Arana (2007) que com a implementação da lei 100 de 1993 mudou o Sistema Nacional de Saúde pelo Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde na Colômbia, e as posteriores reformas geraram diversas transformações na forma de como os indivíduos se relacionam com as instituições estatais para obter serviços de saúde, o que implica que a prestação dos serviços de saúde seja um processo com intermediário, quando o Estado colombiano constitucionalmente é quem deve assumir a responsabilidade de prestação dos serviços de saúde.

O direito a morrer dignamente existe desde 1997, sendo até o ano 2015 aplicado o primeiro procedimento de eutanásia legal na Colômbia, procedimento concedido via judicial; pois, o Congresso e o poder Executivo não cumpriram com suas funções de regulamentar a forma de materialização do direito a morrer dignamente, servindo como justificativa para as empresas prestadoras de saúde para não materializar o direito.

Como há afetado aplicação do procedimento eutanásico o novo Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde na Colômbia?

As empresas de saúde atualmente na Colômbia têm autonomia administrativa, e capacidade de decisão. O paciente na Colômbia é um cliente; não sendo mais a saúde do paciente o fator fundamental, senão o fator econômico, é dizer, o que gera menos gastos é considerado o melhor. Isso gerou que todo tipo de procedimento ou tratamentos médicos que impliquem altos custos, o paciente tem que ir ao judiciário para a proteção do direito fundamental a vida e a saúde, com mandado de segurança. O procedimento eutanásico é considerado de alto custo, pelas exigências e requisitos que devem ser cumpridos por parte das empresas prestadoras de saúde, como a equipe interdisciplinar permanente, equipe médico especializado especificamente no procedimento eutanásico.

A tendência das empresas prestadoras de saúde na Colômbia é negativa e faz caso omissivo as solicitações de pacientes na aplicação do procedimento, deixando de observar diretrizes e critérios exigidos pela Corte Constitucional e implementados pelo Ministério de proteção social, mediante Resolução 1216 de 20 de abril de 2015.

Geralmente as solicitações de aplicação do procedimento são recusadas ou ignoradas, o que leva, que na maioria dos casos de efetivação do direito a morrer dignamente, a intervenção do judiciário para que mediante mandado de segurança se garanta a materialização do direito fundamental, e ordene as empresas de saúde a realizar o procedimento que garante o direito a morrer dignamente, apresentando-se casos em que o paciente falece carente de sua dignidade no trâmite do mandado de segurança.

As respostas justificadoras das empresas de saúde, como contestação aos mandados de segurança interpostos pelos pacientes, são diversas. Entre elas, podemos exemplificar as expostas em Sentença T-1250/08, mandado instaurado por Jorge Iván Velez Correa, quem padecia de uma enfermidade terminal, e havia solicitado reiteradamente aplicação do procedimento eutanásico, sendo negado pela empresa prestadora de saúde IPS Universitária, quem argumentava que fazer o procedimento geraria sanções penais, administrativas e sociais para a empresa, e portanto não podiam ser sujeitos ativo de um homicídio por piedade; lembre-se de que o direito a morrer dignamente existia desde 1997 e até o ano 2008 ainda não existia regulamentação para a materialização desse direito.

Serve como exemplo também o exposto em Sentença T-970/14, mandado de segurança instaurado por Julia em face da empresa prestadora de saúde Coomeva E.P.S. Até a data não havia regulamentação do procedimento, razão pela qual a empresa manifestou que a eutanásia era um homicídio, que não podia consentir, não podendo proceder, ademais, em atenção à falta de regulação do procedimento eutanásico.

No ano 2015, mediante Auto 414A/15 de 16 de setembro, é que a Corte Constitucional se pronunciou a respeito da falta de regulação normativa, e ordenou ao Ministério de Saúde, para que no término de 30 dias úteis, a partir da intimação do auto, emitisse diretrizes para disponibilizar todo o necessário para que hospitais, clínicas, Empresas Prestadoras de Saúde, e Instituições Prestadoras de Serviços Médicos, e em geral, os prestadores de serviços de saúde constituíssem os comitês

interdisciplinares para o procedimento de eutanásia e cumprissem com as obrigações emitidas pela Corte.

Esperava-se que, com as novas diretrizes e regulação da materialização do procedimento de eutanásia, o panorama de garantia do direito a morrer dignamente tomasse novos caminhos, e os pacientes terminais pudessem exercer seu direito sem travas, ou dilações. As empresas e instituições prestadoras de saúde seguem negando esse direito aos pacientes que fazem a solicitação de materializar seu direito fundamental a morrer dignamente, devendo intervir o judiciário, e passar de um processo administrativo que deve ser ágil, a um processo judicial, que embora seja célere, é mais demorado que por via administrativa.

Como exemplo de casos de eutanásia conhecidos pela Corte Constitucional, depois da regulação do procedimento, a Sentença T-132/16, da ação de tutela promovida por Janner Martín Muñoz Solarte, em face de Caprecom EPS-S, que solicitou o procedimento da eutanásia, o qual foi negado pela empresa prestadora de saúde, sem nenhum argumento, morrendo o paciente no tramite de revisão da ação de tutela, não sendo concedido o pedido por carência de objeto, pois o paciente já havia falecido.

Outro caso é o conteúdo recentemente em Sentença T-423/17, da ação de tutela promovida por Sofia, em face da Unidade Administrativa Especial de Saúde de Arauca –UAESA, a ESE- Hospital San Vicente de Arauca e a *Nueva EPS*. Sofia foi diagnosticada com “*tumor neuroectodérmico primitivo*” com diagnóstico de câncer agressivo em etapa terminal, ela procurou toda ajuda médica possível, inclusive fora do país, sem receber esperança de recuperação alguma, desistiu dos tratamentos de radioterapia por não conseguir recuperação, e por causar-lhe outro tipo de inconveniências ou efeitos secundários que para ela lhe impediam desenvolver suas atividades cotidianas. Sendo remitida posteriormente para sua casa com os cuidados de um médico internista do Hospital San Vicente de Arauca, tendo que ser levada reiteradas vezes ao Hospital para ser injetada morfina para aliviar as fortes dores causadas pela enfermidade.

Sofia solicitou em repetidas ocasiões a seu médico que lhe fosse praticado o procedimento de eutanásia, recebendo da parte do profissional a negativa a seu pedido. Com a finalidade de formalizar a solicitação, Sofia e sua mãe apresentaram solicitude escrita ao Hospital para que se autorizasse o procedimento, negando-se o hospital a fazer o procedimento, por não ser obrigado a realizá-lo, por não ter

médicos especialistas em oncologia para conformar o comitê científico interdisciplinar, e não contar com a infraestrutura, correspondendo-lhe a Nueva EPS, buscar os meios e formas de praticar a eutanásia.

O juiz concedeu o direito a morrer dignamente à Sofia, ordenou a Nueva EPS trazer ao hospital San Vicente os especialistas para a realização do procedimento, negando-se a Nueva EPS a fazer o deslocamento dos profissionais por representar um alto custo, tendo Sofia que se trasladar a outra cidade próxima para a realização da eutanásia, morrendo em uma cidade distante de seu entorno familiar.

Observa-se que, embora na Colômbia tenha o direito reconhecido e uma riqueza jurisprudencial sob o direito a morrer dignamente, e exista uma Resolução que garante a materialização do direito, o problema de garantia na atualidade persiste, devido a forma como é prestado os serviços de saúde, e a falta de especialização dos profissionais de saúde em serviços de oncologia.

Razão pela qual é necessário além da declaração do direito fundamental a morrer dignamente, seja regulamentado o procedimento para sua aplicação, sendo obrigatório e verificado, que todas as empresas prestadoras de saúde contem com os comitês interdisciplinares para garantir o direito.

3.6.5. Critérios da Corte Constitucional de Colômbia frente à eutanásia baseados na autonomia da vontade conforme Sentença C- 239 de 1997

No atual Estado Democrático de Direito, autonomia da vontade encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, expressada nas liberdades que constitucionalmente são atribuídas ao sujeito como núcleo irradiador de direitos fundamentais. A respeito a atual Constituição de 1991 da Colômbia, com a finalidade de efetivar o postulado da autonomia da vontade, o constituinte decidiu consagrar dentro dos direitos fundamentais no artigo 16 especificamente, que todas as pessoas têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, sem mais limitações que lhes impõem os direitos dos demais e a ordem pública; abrindo uma ampla gama de liberdades como: A liberdade de consciência, sem ser constrangido a atuar contrário desta, a liberdade de expressar e difundir o pensamento e opiniões sem censura, entre outras liberdades consideradas constitucionalmente como de

aplicação imediata.

Nesse sentido, o constituinte de 1991, ao contemplar o livre desenvolvimento da personalidade como a forma do indivíduo manifestar sua autonomia, efetivado mediante as liberdades e forçado ao Estado a proteger, ratifica o pensamento do filósofo John Rawls (1977), quem manifestava em sua obra “*A teoria da Justiça*”, que um dos princípios da justiça consistia em coagir com liberdade de consciência e de pensamento, sem afetar os direitos dos demais e a ordem pública. Essa medida se aplica a popular frase: “meu direito termina quando começa o do outro” a qual significa a imposição de deveres morais e constitucionais ao indivíduo.

A corte Constitucional da Colômbia decidiu amparar o direito a morrer dignamente, fundamentado na dignidade da pessoa humana e o direito da autonomia da vontade; sete anos após a atual Constituição de 1991 entrar em vigência. O máximo órgão do país decidiu pronunciar-se a respeito da eutanásia, como o direito a morrer dignamente, mediante Sentença de constitucionalidade C-239 de 1997; na qual debatia sobre a constitucionalidade de um artigo do Código Penal que se contemplava a punição do homicídio por piedade, que estipulava que quem matasse a outro por piedade para pôr fim a intensos sofrimentos por lesões corporais, ou enfermidade grave ou incurável, incorria em prisão de seis meses a três anos.

Naquele momento, a decisão da Corte Constitucional foi declarar a constitucionalidade do artigo demandado considerando condicionalidade ou exceção naqueles casos dos enfermos terminais que manifestaram a vontade livre como sujeito passivo do ato, que, nesse caso, não poderá derivar-se responsabilidade para o médico autor, pois a conduta era justificada; vários magistrados fazem salvamento de voto da decisão adotada pela Corte, em alguns casos, argumentando que este passou por cima da moral geral.

Precisamente o condicionamento que, naquela sentença, a Corte impôs o delito de homicídio por piedade, manifestou a boa intenção de efetivar direitos individuais como autonomia da pessoa de decidir sobre sua vida, baseados na razão e na moral pessoal, e não na moral imposta pela sociedade. A justificativa da Corte Constitucional que eximia da responsabilidade do médico que praticara a eutanásia precisamente tinha seu fundamento na autonomia da vontade do sujeito passivo do ato, razão pela qual se fez a seguinte questão: qual é a relevância jurídica do consentimento do sujeito passivo do fato? Indicando também que em relação ao

homicídio por piedade nenhuma disposição penal fez alusão ao consentimento do sujeito passivo do fato. Significava essa omissão que o consentimento não era relevante? (Corte Constitucional de Colômbia Sentença C- 239 de 1997 M.P Dr. Carlos Gaviria Diaz, p. 17).

Para dar resposta, a Corte Constitucional dedica um tópico na parte considerativa da sentença denominado “O direito à vida e à autonomia à luz da Constituição de 1991” em que manifesta a questão do direito a morrer dignamente deve ser visto desde uma perspectiva laica e pluralista, que respeite a autonomia moral do indivíduo e as liberdades e direitos que inspiram ou ordenamento jurídico superior; a Constituição ao estabelecer a dignidade da pessoa humana significa que essa dignidade como valor supremo irradia o conjunto de direitos fundamentais reconhecidos, os quais encontram no livre desenvolvimento da personalidade sua máxima expressão.

Em contra posição ao direito a morrer dignamente, encontra-se o direito à vida; pelo que deve fazer uma ponderação de direitos, na qual o direito à vida não pode ser reduzido à simples subsistência, deve implicar ademais o viver adequadamente em condições de dignidade; razão pela qual a Corte esboça um tópico da sentença denominado “A vida como valor constitucional, o dever do Estado de protegê-la e sua relação com a autonomia da pessoa”, em que manifesta que frente ao dever que tem o Estado de proteger a vida, não pode pretender cumprir essa obrigação desconhecendo a autonomia e dignidade das próprias pessoas.

Em outro tópico denominado: “Enfermos terminais, homicídio por piedade e consentimento do sujeito passivo”, a Corte considera que frente aos enfermos terminais que experimentem intenso sofrimento, o dever estatal de preservar a vida dos indivíduos deve ceder frente ao consentimento informado do paciente que deseja morrer em forma digna. Essa decisão conforme a Corte de como enfrentar a morte adquire uma importância decisiva para o enfermo terminal que sabe que não pode ser curado, e que portanto não está optando entre a morte e muitos anos mais de vida plena; senão entre morrer em condições que ele escolhe, o direito fundamental a viver em forma digna implica também o direito a morrer em forma digna, pois condenar uma pessoa de prolongar por um tempo escasso sua existência, quando ela não deseja e padece profundas aflições, equivale a uma anulação de sua dignidade e autonomia como sujeito moral. (Corte Constitucional de Colômbia Sentença C- 239 de 1997 M.P Dr. Carlos Gaviria Diaz, p. 20-21).

Nesse sentido depois da Corte haver esboçado o tema da autonomia e da dignidade humana do sujeito, para decidir quando morrer, baseado em sua própria razão, ela faz uma regulação e põe um limite a essa vontade do indivíduo limitando o direito a morrer dignamente; primeiro indicando que quem pode exercer esse direito são as pessoas que padecem enfermidades terminais, e segundo como deve prestar-se o consentimento e a ajuda a morrer.

Sugerindo como pontos essenciais dessa regulação: I - a verificação rigorosa da situação real do paciente, da enfermidade que padece, da maturidade do juízo e da vontade inequívoca de morrer. II - As circunstâncias nas quais se deve manifestar o consentimento; consistente na forma como deve ser expresso, a quem deve expressá-lo, verificação do juízo (Corte Constitucional de Colômbia Sentença C- 239 de 1997 M.P Dr. Carlos Gaviria Diaz pág.22-23).

A Corte termina concluindo que o direito a morrer dignamente deve estar regulamentado, as formas e os casos em que se pode fazer uso da autonomia para exercer esse direito. Anos depois, devido à falta de regulação de parte do Congresso a respeito ao procedimento da eutanásia, por via de tutela, uma paciente solicitou a efetivação desse direito, a qual ficou incorporado na Sentença de Tutela T- 970 de 2014, a Corte ratifica sua postura referente ao direito fundamental a morrer dignamente, estabelecendo critérios para o procedimento da eutanásia, como a prevalência da autonomia do paciente, celeridade, oportunidade, imparcialidade e exortado novamente ao congresso para que regule o procedimento; finalmente em 2015, o Ministério de Saúde e proteção social, mediante resolução implementa o protocolo ou diretrizes para conformação e funcionamento dos comitês científicos interdisciplinares para fazer uso efetivo da eutanásia, seguindo os parâmetros e condições definidas pela corte constitucional para exercer o direito fundamental de morrer dignamente.

A dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento essencial para o reconhecimento de inúmeros direitos individuais que anteriormente eram impossíveis de serem reconhecidos e concretizados, já que estava sobre a sombra da moralidade coletiva, e que o delito se confundia com o pecado, inserindo ao direito concepções religiosas. Na Colômbia, a eutanásia foi um desses direitos que o legislador se recusou a reconhecê-lo; é partir da Constituição de 1991, com a nova estrutura judicial que o judiciário começa a atuar de forma mais ativa no reconhecimento e concretização dos direitos denominados como fundamentais; ali

começa a verdadeira humanização do direito, dando ao judiciário relevância não só a dignidade da pessoa humana, mas também a autonomia desta para tomar decisões importantes sobre a vida e a morte.

3.6.6. Consentimento e autonomia na Eutanásia

O consentimento e autonomia configuram-se como fundamento essencial, para que a eutanásia seja reconhecida e concedida como um direito fundamental, nesse sentido, quem pode manifestar consentimento e autonomia em decisões que implicam surgimento de direitos e deveres, ou produzem atos jurídicos, são as pessoas reconhecidas pelo ordenamento jurídico como capazes.

A Corte Constitucional Colombiana estabeleceu em Sentença C-239 de 1997 que o consentimento do sujeito passivo deve ser livre, manifesto de forma inequívoca por uma pessoa com capacidade de compreender a situação em que se encontra. O consentimento implica que a pessoa possui informação certa e confiável a respeito de sua doença e das opções terapêuticas e seu prognóstico, além disso deve ter a capacidade intelectual suficiente para decidir. (Corte Constitucional de Colômbia Sentença C- 239 de 1997 M.P Dr. Carlos Gaviria Diaz pág. 6).

Nesse sentido, só as pessoas com capacidade intelectual suficiente podem produzir atos que repercutem em efeitos jurídicos, como o exercício de direitos e cumprimento de obrigações. Mas, juridicamente que é capacidade?

A capacidade conforme Maria Diniz, seja de fato ou de exercício, é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial, e a incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente , considerando-se o princípio de que “a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção”. (DINIZ. 1985. p. 86-87).

A vontade para o exercício do direito a morrer dignamente se deriva exclusivamente da capacidade pessoal, e não da capacidade representada mediante terceiro. Ainda que o código civil brasileiro considere a capacidade como uma atribuição de toda pessoa, ele mesmo se encarrega de indicar quem não tem

capacidade pessoal.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Novo Código Civil, em seu art. 1º, 3º e 4º contempla:

Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - Os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Nota-se como no artigo 1º do Código civil, o legislador estabeleceu como regra geral, que toda pessoa tem capacidade para o exercício de direitos e obrigações civilmente. Estabelecendo a sua vez nos artigos subsequentes, que existem pessoas que não podem pessoalmente exercer essa capacidade, estabelecendo uma incapacidade relativizada ou absoluta. No tema desenvolvido, chama a atenção o exposto no artigo 4º, inciso III, do Código Civil, que estabelece a existência de uma incapacidade relativa para aquelas pessoas que não podem expressar sua vontade, não podendo exercer ou criar certos atos jurídicos, pois elas não têm juízo de valor ou raciocínio pleno.

Em atenção ao prescrito no código civil, o exercício de procedimentos como autonomia vital e a eutanásia positiva, estaria limitado ao exercício da capacidade pessoal, sendo restringida para os incapazes absolutos e/os relativos que não possam manifestar sua vontade, pois, não poderia falar-se de autonomia, a respeito de pessoas que não podem decidir pessoalmente acerca das implicações que um tratamento médico tem sobre elas, ou avaliar suas condições de vida digna, para optar em pôr fim às dores e sofrimentos.

O direito a morrer dignamente é um direito que produz efeitos jurídicos irreversíveis uma vez consumado, razão pela qual deve estar limitado àquelas pessoas dotadas juridicamente de capacidade e consciência, não sendo admissível falar de consentimento e autonomia da vontade para o exercício do direito a morrer dignamente, em pessoas incapazes, seja absoluta ou relativamente, como pessoas

com transtornos psiquiátricos ou psíquicos, menores de idade, pessoas em estado de inconsciência.

O consentimento manifestado pessoalmente é o fator base na materialização do direito a morrer dignamente, como explica Gisele Mendes de Carvalho: (2001. p. 144)

A exigência de petição na eutanásia suscita o problema da validade do consentimento prestado por enfermos terminais ou outorgado por terceiros, familiares ou representante legal do moribundo. Tem-se, para logo, que a vontade do doente deve ser sempre que possível respeita, em se tratando de paciente consciente, no pleno exercício de suas faculdades mentais e devidamente informados da gravidade de sua situação e das consequências de seu ato. Cuida-se, aqui, da aplicação do princípio da autonomia, um dos pilares sobre os quais se encontra erigida a Bioética. Esse princípio, consonante já se salientou, implica o respeito à livre decisão individual dos sujeitos sobre seus próprios interesses, sempre que não afete a terceiros e se tratem de escolhas racionais e espontâneas, ainda que errôneas ou potencialmente prejudiciais a si próprios.

É precisamente o fator do consentimento pessoal manifestado, o requisito de legitimidade no exercício do direito a morrer dignamente e o que permite ao Estado exercer seu dever de proteger o direito à vida e interesses daquela pessoa que não pode manifestar vontade para o exercício desse direito.

A manifestação de vontade para exercício do direito a morrer de forma digna não pode ser delegada a terceiras pessoas, por o complexo do direito e suas implicações. Na Colômbia a autonomia da vontade para o exercício desse direito deve ser manifestada diretamente pela pessoa que cumpre os requisitos exigidos para aplicação do procedimento de eutanásia, não sendo permitida solicitação de manifestação do procedimento de eutanásia em testamento vital, contrário à distanásia, que pode ser manifestada por consentimento antecipado.

O porquê de não ser permitida a solicitação de eutanásia em testamento vital?

Conforme os critérios rigorosos expressados pela Corte Constitucional Colombiana, em Sentença de constitucionalidade C- 233 de 2014, que estudava a constitucionalidade do projeto de lei nº 290 de 2011 Câmara "*Ley Consuelo Devís Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pecientes com enfermedades terminales, crónicas, degenerativas*

e irreversibles em cualquier fase de la enfermedad de alto impacto em la calidad de vida” negado pelo governo nacional e remetido a Corte pelo Presidente da República, por considerá-lo inconstitucional, por conter aspectos que atingem o núcleo essencial do direito à vida, e à morte digna do enfermo terminal.

As considerações da Corte na Sentença referenciada consideraram o projeto de lei ajustado à Constituição, e pronunciou-se do porquê não é permitido o procedimento de eutanásia no testamento vital ou vontade antecipada. Os argumentos utilizados principalmente consistiram no testamento vital, o paciente não renuncia a um tratamento que implique uma cura da enfermidade que padece, tampouco se continua com vida ou se dá fim a mesma; pois a vontade antecipada é uma decisão que desde uma perspectiva holística atinge a saúde da pessoa em um aspecto muito menos radical, é a forma de dar frente a um fato inevitável, como é a morte.

Desde esse ponto de vista, a Corte considerou que seria impróprio sustentar que se trata de uma decisão que anula, restringe ou limita o dever de buscar a cura da enfermidade. A vontade antecipada do paciente não está decidindo sobre se continua ou finaliza seu ciclo vital; desde nenhuma perspectiva implica a decisão de antecipar o desenlace fatal próximo a acontecer, pois, não consiste na solicitação de que se aplique ou realize um tratamento para terminar com a vida. Nesse sentido não resulta um instrumento eutanásico. (Sentença C- 233 de 2014)

No modelo eutanásico implementado na Colômbia, o paciente não pode deixar testamentado sua vontade para o exercício do direito a morrer dignamente, pois o paciente deve cumprir com requisitos previamente direcionados pela Corte Constitucional e estabelecidos pelo Ministério da Saúde, como sofrimento, dores insuportáveis, avaliação psicológica, psiquiátrica, manifestação reiterada de solicitação do procedimento, enfermidade irreversível e incurável, expectativa de vida inferior a 6 meses, entre outros requisitos, que devem ser cumpridos na íntegra, é dizer, o paciente deve cumprir integralmente com os requisitos exigidos.

O paciente incapaz ou inconsciente, por sua condição ou estado, não poderiam ser avaliados, pois, existe a impossibilidade de cumprimento dos requisitos íntegros exigidos para que o procedimento da eutanásia seja aplicado. Mas, o que acontece nessa situação de paciente inconsciente ou incapaz a respeito da eutanásia? Para dar resposta a esse questionamento, faz-se necessário acudir as considerações de Carvalho: (2001, p. 147):

Incapacitado o doente de prestar seu consentimento, porque inconsciente ou incapaz (doentes mentais, crianças, pacientes com idade avançada, coagidos pela falta de recursos financeiros, ou em estado de profunda depressão em razão da enfermidade), deve lhe ser negada a faculdade do exercício da autonomia, porque ausentes os pressupostos que condicionam sua existência. Nesses casos a autonomia cede passo ao *princípio da beneficência*, que determina a atuação de terceiros (médicos ou familiares) no melhor interesse do paciente, de acordo com suas próprias concepções.

O princípio da beneficência se superpõe frente ao direito da autonomia em situações específicas de pacientes que não podem por sua condição manifestar vontade; mas esse princípio de beneficência jamais atingira a toma de decisões por terceiros, para pôr fim à vida do paciente incapaz ou inconsciente, pois, se presumira que o melhor interesse do paciente é a preservação da vida. Essa presunção é a que permite ao Estado proteger a vida de pacientes que são vulneráveis perante a terceiros, em cumprimento com seu dever constitucional protetor e garantidor da vida.

Assim, a dignidade humana como princípio é ponderada com o direito à vida no exercício do direito a morrer dignamente, a autonomia da vontade também é ponderada com o princípio da beneficência que deriva das reflexões da ciência médica e psicológica, que se encontram nos códigos de ética e bioética de ambas disciplinas. Mas o que é exatamente o princípio da beneficência?

Este princípio é definido pela médica pediatra Jussara de Azambuja Loch: (2002, p. 12-19):

A beneficência tem sido associada à excelência desde os tempos da medicina grega, e está expressa no juramento de Hipócrates: “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudica-los”. Beneficência quer dizer fazer o bem. De uma maneira prática, isto significa que temos a obrigação moral de agir para o benefício do outro. Este conceito, quando é utilizado na área de cuidados com a saúde, que engloba todas as profissões das ciências biomédicas, significa fazer o que é melhor para o paciente, não só do ponto de vista técnico-assistencial, mas também do ponto de vista ético. É usar todos os conhecimentos e habilidades profissionais a serviço do paciente, considerando, na tomada de decisões, a minimização dos riscos e a maximização dos benefícios do procedimento a realizar.

Autonomia do paciente na atualidade tornou-se importante na relação médico-paciente, o respeito às decisões adotadas pelo paciente com respeito a sua saúde é aceito pela ciência médica, sempre que em cumprimento do juramento Hipocrático, seja para ajudar a pessoa doente; essa ajuda necessariamente não significa prolongamento da vida, mas proporcionar tratamentos dignos, não inumanos ou degradantes, evitando sempre que o paciente sofra.

A beneficência como princípio não pode ser confundida como obrigação do médico de manter com vida a uma pessoa com enfermidade terminal que lhe causa dor, e que deseja pôr fim a seu sofrimento. O princípio de beneficência jamais poderá contrapor-se a autonomia individual do paciente, naqueles casos de enfermidades terminais.

A obrigação médica de fazer o bem ou o melhor para o paciente sempre vai significar aplicação de procedimentos que levem a uma cura, mas, quando a cura não é possível, significará a realização de procedimentos que permitam ao paciente viver com dignidade, e quando não é possível com os procedimentos alcançar que o paciente sinta que vive com dignidade, por ser reprimidos a procedimentos, dolorosos, ou causado pela doença não é mitigado por medicação, essa obrigação médica de fazer o melhor para o paciente passa a ser regida pela vontade e autonomia do paciente, que decide se quer ou não seguir com os procedimentos médicos, e se quer ou não prolongar sua existência.

Se bem que a eutanásia tem como fator fundamental a autonomia da vontade ou manifestação de consentimento da pessoa doente. Seria possível aplicar o procedimento e exercer esse direito com a ausência de manifestação de vontade pessoal?

Como se explicava, no modelo de procedimento de eutanásia implementado na Colômbia, pessoas que não podem manifestar vontade seja por sua condição seja pelo seu estado, não podem fazer uso do direito a morrer dignamente, pois não há forma de avaliar sua vontade junto com outros requisitos exigidos para que o direito seja declarado. Existem outras formas de avaliação da eutanásia que atingem além das pessoas com capacidade, permite que pessoas inconscientes e incapazes possam exercer esse direito tendo em conta outros requisitos que não é mais autonomia do paciente, senão seus interesses fundamentais, como o expõe Ronald Dworkin (2003, p. 271).

Esses interesses fundamentais do paciente são uns dos elementos apontados

por Dworkin, além da autonomia e sacralidade da vida, que permite discernir o que é realmente importante para o paciente, encontrando-se este com capacidade ou incapacitado para decidir sobre o procedimento da eutanásia.

Como funciona os interesses do paciente na eutanásia involuntária é um tema pesquisado por Maria Elisa Villas-Boas (2005, p. 85) explica:

A eutanásia sem autorização do enfermo (involuntária ou não-voluntária, conforme a corrente adotada) é definida por alguns autores, sob o argumento de que determinados pacientes em estado de inconsciência irreversível, como nos estados vegetativos persistentes, já não tem qualquer interesse em serem mantidos vivos, devendo-se, a priorizar, nesse caso, os interesses daqueles que zelam por eles, a quem seria dado decidir, com base nos valores presumidos do doente ou nas resoluções antecipadas dele emanadas, quando era capaz. Tanto pior é o caso do paciente terminais, sofrendo dores severas, mas que já não tem lucidez para solicitar validamente a morte apaziguadora.

A personalidade que tinha o paciente antes de encontrar-se em estado de inconsciência é definida como fundamental, naquelas hipóteses de eutanásia involuntária. Nesse sentido, quem manifesta a intenção são seus familiares baseados no conhecimento das e preferências da pessoa doente, da perspectiva ou concepção que este tinha sobre a vida.

Embora esta teoria proporcione uma via ou forma para que as pessoas que não podem manifestar vontade, possam fazer uso do direito a morrer dignamente, essa teoria não é compatível com o dever do Estado de preservar a vida, pois ainda, que um familiar manifeste de forma juramentada que seu familiar doente houvesse optado pela morte, o Estado não tem como verificar a real intenção do paciente, acolhendo-se tão só a presunção da boa-fé, para a aplicação de um procedimento irreversível, o que gera um risco alto para a vida de muitas pessoas que se encontram em tais condições, o que originou que na Colômbia, não seja aceitável essa teoria, optando pela aplicação do princípio da beneficência, nesses casos específicos de pacientes inconscientes e incapazes.

4. FUNDAMENTAÇÃO PROPOSITIVA PARA A CONFIGURAÇÃO DA EUTANÁSIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL.

O presente capítulo está direcionado à elaboração de uma proposta legislativa, com base nos argumentos esboçados, tomando como ponto os fundamentos desenvolvidos pela Corte Constitucional Colombiana em sentença de constitucionalidade C-239 de 1997, baseados na dignidade da pessoa humana, e o direito da autonomia da vontade, nas diretrizes da Resolução nº 1216 de 2015 do Ministério de Saúde e Proteção Social da Colômbia, e no projeto de lei 117 de 2014 de regulação da eutanásia do senador colombiano Armando Benedetti, no Congresso colombiano "*Proyecto de Ley Eutanasia*"¹¹ é na Constituição Federal de 1988. Com a finalidade de que seja instituída a eutanásia ativa em paciente consciente e com capacidade, como um direito a ser reconhecido e regulamentado no Brasil.

A necessidade da regulamentação e reconhecimento desse direito se faz necessário para garantir a autonomia da vontade, o livre desenvolvimento da personalidade dos pacientes terminais que solicitam o procedimento eutanásico.

Também para evitar que se apresentem casos errôneos de interpretação de eutanásia, como o acontecido em Rio Claro (SP) em 2011, onde um jovem Geraldo Rodrigues de Oliveira, que era tetraplégico, pediu ao irmão para matá-lo simulando um assalto, aceitando o irmão a solicitação por piedade.

Ao fazer uma análise dos anteriores projetos de lei que foram apresentados a respeito da eutanásia e os quais foram arquivados no Brasil, tanto na câmara dos deputados como no Senado Federal, é possível dar respostas aos plausíveis interrogantes que possam surgir de o Por que apresentar uma nova proposta legislativa a respeito de uma temática "eutanásia" já apresentada na Câmara e no Senado?

¹¹ Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 117 de 2014 Senado. Senador de la República Armando Benedetti Villaneda. Disponível em: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/proyectos-de-ley-2014-2015/391-proyecto-de-ley-117-de-2014>. Acesso em 5 de junho de 2017.

O projeto de lei PL 5058/2005, apresentado por Deputado Osmânio Pereira, com respeito da eutanásia buscava alterar o Artigo 122 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e outros, acrescentando um parágrafo único.

O texto original contido no artigo 122 do Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (Anexo 3) estabelece:

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - Se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - Se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

A proposta apresentada pelo Deputado estabelecia:

O art. 122 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 122.....

.....
Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que de algum modo contribuir para a realização de eutanásia.”

Da análise feita se desprende o seguinte:

I – Conforme a proposta apresentada, o Deputado confundiu homicídio privilegiado com auxílio ao suicídio, não sabendo em quais das duas modalidades se encontra a eutanásia, e tampouco especificando o tipo de eutanásia, ativa ou passiva, acrescentando como parágrafo único a proibição da eutanásia em um artigo que regulamenta especificamente ajuda ao suicídio.

II – A eutanásia encontra-se como uma modalidade de homicídio privilegiado no do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de artigo 121, § 1º, que estipula: *Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral (...)*

III – O auxílio ao suicídio, estipulado no artigo 122 do Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, ainda que tenha semelhanças com a eutanásia, também tem diferenças que permitem conhecer quando se está frente a figura do artigo 122 e não no artigo 121 do Código Penal, diferenças que deixaram de ser analisadas nesse projeto proposto, tais como: na ajuda ao suicídio, a morte chega como resultado de uma ação exercida pelo próprio paciente com ajuda ou assessoramento de um terceiro, caso o qual o paciente não será considerado sujeito ativo da ação, mais a persona que o auxiliou; enquanto que a Eutanásia a morte é o resultado de uma ação ou omissão exercida exclusivamente por um terceiro com o consentimento do sujeito passivo.

E do outro Projeto de Lei do Senado nº 125, de 1996 apresentado por Senador Gilvam Borges, o qual buscava autorização para a prática da morte sem dor em casos específicos e dar outras providências surgindo da análise desse projeto o seguinte:

I – A regulamentação enfocava-se em desligamentos de aparelhos que mantêm funções vitais em paciente inconsciente que apresentam morte cerebral e deixam um testamento vital ou com autorização dos familiares. Na atualidade, a morte encefálica encontra-se regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina desde 1997 com a Resolução CFM nº 1.480/97, atualizada recentemente por a Resolução CFM 2.173/17. Não sendo considerado o desligamento de aparelhos vitais de paciente com morte encefálica como uma modalidade de eutanásia.

II – O procedimento contemplado no Projeto de Lei 125/96 permitia a configuração do direito pela via administrativa, com exceção, quando não existia manifestação de vontade do paciente ou familiares passava a ser um procedimento judicial, devendo um juiz decidir, sob o desligamento dos aparelhos. A diferença do projeto apresentado como proposta legislativa no presente estudo é que não é admissível a prática da eutanásia através de testamento vital, pois, o paciente não pode cumprir com o requisito da reiteração da solicitação do direito, não havendo uma avaliação integral dos requisitos, sendo, portanto, o direito exclusivo para pacientes em estado de consciência e com plena capacidade de decisão.

III – A eutanásia no Projeto de Lei 125/96 manifestava que também seria permitida em pacientes que suportam fortes dores físicas e psíquicas, que conforme o prognóstico da doença, e irreversibilidade *“não justificando a continuidade da assistência médica destinada à conservação de sua existência”*. Previa manifestação de vontade do paciente, ou pelo judiciário a petição dos familiares, quando este não puder manifestar bondade.

De forma distinta ao anterior projeto de lei, o tema fundamental na proposta legislativa apresentada neste estudo, além da manifestação de vontade, é a dignidade da pessoa humana, como fundamento para a configuração da eutanásia como direito fundamental; sendo, portanto justificada a eutanásia com base na dignidade da pessoa humana e não baixo a justificativa da efetividade ou não de tratamentos ou assistência médica em determinados pacientes, que, nesses casos, não havendo manifestação de vontade para a aplicação do procedimento de eutanásia se faz obrigatório a implementação dos cuidados paliativos.

A eutanásia ativa deve ser além da efetividade ou não do tratamento contra a enfermidade terminal observada sempre desde o ponto de vista do sujeito passivo da ação, dividindo-se a sua vez em um ponto objetivo, o qual é padecer de enfermidade terminal, irreversível, sem expectativa de vida e que cause dor e sofrimento, e um ponto de vista subjetivo, que é a manifestação de vontade do paciente, e o sentir de que sua condição médica é contrária a sua ideia de vida digna, por os padecimentos e dores insuportáveis, fazendo conformes suas capacidades de escolha entre viver por um curto período sem dignidade ou restabelecer sua dignidade através da eutanásia ativa.

Embora no Brasil já existissem duas propostas legislativas de eutanásia, que foram arquivadas sem surtir nenhum debate, observa-se de forma geral como a presente proposta legislativa de eutanásia ativa em paciente consciente e com capacidade de diferença das duas anteriores, por sua fundamentação interpretativa baseada em princípios e direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, as quais permitem o surgimento de um direito autônomo, como é o direito a morrer dignamente, o qual é equivalente ao direito a viver com dignidade; não sendo mais o direito à vida o eixo do estudo, mais o princípio fundamental da dignidade humana; fazendo uma ponderação entre princípios constitucionais e a norma.

Também o projeto legislativo proposto no presente estudo se diferencia dos outros dois projetos legislativos, porque além de ser declarativo de um direito “O Direito a morrer dignamente”, tem um caráter regulador desse direito que limita seu exercício, é dizer, quem, quando e como deve ser exercido; função reguladora que permite ao Estado cumprir com sua responsabilidade dentro de um contexto plural próprio dos Estados democráticos de direitos, como é garantir as liberdades e proteger a vida digna.

Com fundamentação exposta baseada na dignidade humana e autonomia da vontade, foi desenvolvida como parte integral da presente dissertação uma proposta legislativa para Configurar a Eutanásia em paciente consciente e capaz como um Direito Fundamental no Brasil, denominado:

Projeto De Lei por meio do qual, se ordena modificar parcialmente o § 1º artigo 121 do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, código penal. Se reconhece a eutanásia em paciente consciente e capaz, como o “direito a Morrer Dignamente”, e se ditam disposições regulamentares da materialização do direito a morrer dignamente, e se ordena a criação, organização e funcionamento de comitês científicos especializados em processos de eutanásia ativa em paciente consciente com capacidade, nos centros hospitalares e em geral prestadores de serviços de saúde no território brasileiro.

4.1. COMPONENTES ESTRUTURAIS DO PROJETO DE LEI A SER PROPOSTO.

A finalidade principal do projeto de lei a ser proposto, denominado “*por meio do qual, se modifica parcialmente o § 1º artigo 121 do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, código penal. Se reconhece a eutanásia em paciente consciente e capaz, como o “direito a Morrer Dignamente”, e se ditam disposições regulamentares da materialização do direito a morrer dignamente, e se ordena a criação, organização e funcionamento de comitês científicos especializados em processos de eutanásia ativa em paciente consciente com capacidade, nos centros hospitalares e em geral prestadores de serviços de saúde no território brasileiro*” é o

reconhecimento do direito a morrer dignamente em pacientes conscientes e com capacidade de decisão no sistema jurídico brasileiro.

O projeto de lei está composto por cinco principais objetivos:

1). Modificar parcialmente o artigo 121º § 1º do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, (Código Penal), adicionando um inciso que estipule que, naqueles casos de enfermos terminais em que, ocorra à vontade livre do sujeito passivo do ato e, cumprindo com os requisitos estabelecidos para o procedimento da eutanásia positiva, não poderá resultar em responsabilidade penal para o médico autor, pois, a conduta é justificada em motivos legais.

2). Que a Eutanásia positiva seja reconhecida como o direito a morrer dignamente em paciente consciente e capaz.

3). Ditar disposições para a materialização do direito a morrer dignamente em paciente consciente e capaz.

4). Ordenar a criação de comitês científicos interdisciplinares composto por um médico com a especialidade na patologia que padece a pessoa, um Advogado, um psiquiatra e um Psicólogo clínico, para fazer efetivo o procedimento da eutanásia positiva, determinando-se lhes funções específicas.

5). Estabelecer critérios para garantir o direito a morrer dignamente, tais como, prevalência da autonomia do paciente, celeridade, oportunidade, imparcialidade.

O projeto estabelece condições para o exercício do direito a morrer dignamente, delimitando e qualificando os sujeitos que intervêm:

- a) Sujeito ativo da eutanásia positiva sempre deverá ser um profissional da medicina especializado.
- b) Sujeito passivo em que recai o direito: deverá ser de nacionalidade brasileira ou estrangeira residente com tempo não menor a um (1) ano, deve ser maior de idade, ter capacidade e pleno uso de suas faculdades mentais, sofre enfermidade terminal irreversível, sem expectativa de vida prolongada e que

cause forte dor e sofrimento e apresentar solicitação livre, reiterada e informada do querer efetivar o direito a morrer dignamente nos termos de lei.

Igualmente se estabelecem procedimentos estritos para os prestadores de serviços de saúde em geral, em fazer viável o direito a morrer dignamente tais como:

- a) Informar detalhadamente ao paciente terminal de sua condição médica.
- b) Verificar que o paciente sofra intensas dores, sofrimento e agonia.
- c) Verificar a reiteração da solicitação livre e espontânea do paciente terminal.
- d) Fazer uma segunda valoração do paciente terminal emitindo o informe clínico detalhado do paciente. Remeter o paciente para o Comitê científico interdisciplinar para uma terceira valoração detalhada.

O projeto em menção encontra-se respaldado e justificado nos preceitos da Constituição brasileira de 1988, a qual foi projetada para a superação de obstáculos na construção de uma sociedade menos injusta. Incentivado o projeto na necessidade do cumprimento do dever do Estado brasileiro de implementar políticas públicas inclusivas que permitam aquelas pessoas que se encontram em situação de desigualdade e vulnerabilidade por causa de uma enfermidade como o caso dos pacientes terminais, possam ter as mesmas condições de dignidade que as outras pessoas.

Ainda que a reivindicação da dignidade signifique pôr um fim a seus sofrimentos, dor e padecimentos com o não prolongamento de sua vida, devendo o Estado oferecer garantias suficientes que permitam as pessoas conservar ou restabelecer sua dignidade com o direito a morrer dignamente quando os cuidados paliativos não são suficientes.

CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que

1) A eutanásia que merece ser debatida e reconhecida como Direito fundamental a Morrer Dignamente no Brasil é a eutanásia voluntária positiva, pois, é a que realmente permite a configuração do fundamento base, denominado Autonomia da Vontade.

2) O sujeito passivo da eutanásia voluntaria positiva deve estar em estado de consciência, e ter a capacidade conforme o estipula o Código Civil, e os laudos médicos, para poder solicitar exercer seu Direito a Morrer com Dignidade.

3) O direito à vida não perde sua importância e relevância perante ao direito a Morrer Dignamente, razão pela qual o Estado deve regulamentar de forma estrita o procedimento para a materialização do direito, com a finalidade de harmonizar o dever de proteger a vida, com o dever de garantir a dignidade humana, autonomia da vontade e livre desenvolvimento da personalidade.

4) As normas infraconstitucionais devem ser adaptadas às novas necessidades, de conformidade com os postulados constitucionais, declarações e convenções de direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, que fazem parte do bloco de constitucionalidade.

5) Não pode se confundir a eutanásia aqui debatida, com ajuda ao suicídio, pois são duas figuras distintas contempladas no Código Penal. Na eutanásia voluntaria positiva, a pessoa que causa a morte antecipada, ou denominado sujeito ativo, deve ser um médico especializado no procedimento, que verifica com todas as instâncias médicas que o sujeito passivo cumpra com os requisitos de vontade, através de solicitação reiterada, requisito de condição médica, enfermidade terminal sem expectativa longa de vida, sem procedimentos ou medicamentos que aliviem as dores insuportáveis do paciente, avaliação psicológica e/ou psiquiátrica do paciente, e a verificação das dores físicas, não toleráveis pelo paciente, entre outros requisitos, que buscam preponderar à vida digna com a morte digna. O procedimento é feito humanamente, sem traumas ou provocando dor ou sofrimentos, além dos já causados pela doença.

Ajuda a suicídio é uma figura penal distinta a homicídio privilegiado, razão pela qual o Código penal contempla duas disposições, uma no artigo 121 § 1º *Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral (...)* fazendo referência ao homicídio privilegiado, derivando-se a eutanásia voluntária positiva, como uma modalidade, a qual deve ser a exceção dessa regra geral de tipo penal, E o artigo 122. (...) *ou prestar-lhe auxílio para que o faça: (...)*. No homicídio assistido, ainda que se tenha o intuito de ajudar, e também atenda a morte digna, o dever de proteger a vida deixa de ser preponderado, pois só basta a vontade do sujeito passivo e sua capacidade, sem necessidade de verificação de cumprimento de outros requisitos, oferecendo ao sujeito passivo os meios necessários para que este de fim a sua vida, como acontece na Holanda e Suíça. Apresentando-se casos como o retratado no filme “Mar a dentro” de Alejandro Amenábar; narra a história de um homem quadriplégico que é ajudado a suicidar-se com veneno, experimentando grande dor e sofrimento antes de sua morte; sendo totalmente desumano o procedimento.

6) A penalização da ajuda ao suicídio deve ser mantida no código penal, por não cumprir com o dever do Estado de proteger a vida, através da ponderação dos bens jurídicos em jogo, e para evitar que em nome da figura do homicídio assistido ou ajuda ao suicídio, aumente a taxa de mortalidade.

7) O direito a morrer dignamente não pode ser denominado como suicídio assistido, pois, dentro dos termos técnicos utilizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS, o suicídio é um problema de saúde pública, causado por relação entre distúrbios suicidas e mentais por depressão e abuso de álcool e por impulsividade em momento de crise.

8) O Estado deve estar organizado e estruturado para proteger e garantir todos os direitos fundamentais, atendendo as condições de vida digna, como as condições para uma morte digna, portanto deve implementar como política pública dos Sistemas prestadores de Saúde, além da garantia de uma vida digna, apesar da condição de saúde terminal do paciente, com os devidos cuidados paliativos; a garantia de que o paciente pode ter, conforme a seu desejo, uma morte digna, que evite a prolongação de suas dores e sofrimentos físicos.

9) O Brasil deve passar de ser catalogado como o país no qual não é bom morrer em razão de doenças terminais, ou seja, o país deve resgatar a dignidade

humana através da eutanásia ativa aplicada em paciente consciente e capaz em fase terminal, como um instrumento jurídico legal, reivindicador de dignidade

REFERÊNCIAS

APARISI Ángela Miralles. **El Principio de la Dignidad Humana como Fundamento de un Bioderecho Global. Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2^a**. Copyright Cuadernos de Bioética. Disponível em: <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>. Acesso em: 2 dez 2016.

AVANSINI Carolina. **Despedida digna “Brasil aparece entre os piores em cuidados paliativos”**. Edição 20.941 de 15 e 16 de julho de 2017. Jornal “Folha de Londrina” páginas 9 e 10.

BRASIL. **Câmara Dos Deputados**. Projeto de lei PL 5058/2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281681>. Acesso em: 3 ago 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**, 48^a Edição 2015.

_____. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 1.995/12. Disponível em: <https://www.26notas.com.br/blog/?p=6253>. Acesso em: 2 jun 2017.

_____. **Código Civil**. Lei No 10.406, de 10 de janeiro 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 3 jun 2017.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 23 de mar 2016.

_____. **Ministério da Saúde**. Portaria Nº 140, de 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2014/prt0140_27_02_2014.html. Acesso em: 12 out 2017.

_____. **Senado Federal**. Atividade legislativa. Projeto de Lei do Senado Nº 125, De 1996. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em 3 ago 2017.

BENDA, Julien. **O pensamento Vivo de Kant**. Livraria Martins Editora S.A. São Paulo.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.b

BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DA UNAM, **El Derecho Mexicano y la Autonomia**. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1091/3.pdf>. Acesso em: 25 jun 2016.

BOHÓRQUEZ, Viviana Monsalve, AGUIRRE Javier Román. **Las Tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y Aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos Sur

t v. 6 t n. 11 t dic. 2009 t p. 41-63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>. Acesso em: 10 dez 2016.

CARPIZO, Jorge; VALADÉZ, Diego. **Derechos Humanos, Aborto y Eutanásia**. 2008 ed. Universidad Nacional Autónoma de México.: [s.n.], 2008. Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n. Ciudad de la Investigación en Humanidades.

CARVALHO Gisele Mendes de. **Aspetos jurídico-penais da eutanásia/** Gisele Mendes de Carvalho. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

COELHO, André. **A distinção entre ser e dever-ser em Hans Kelsen**. Publicado 21 de junho de 2008, no site Filósofo Grego. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2008/06/distino-entre-ser-e-dever-ser-em-hans.html>. Acesso em: 29 ago 2017.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia 1991**. Trigésima cuarta edición 2015, editorial: 2015 Legis Editores S.A.

_____. **Congreso de la República de Colombia**. Proyecto de Ley 117 de 2014 Senado. Senador de la República Armando Benedetti Villaneda. Disponível em: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/proyectos-de-ley-2014-2015/391-proyecto-de-ley-117-de-2014>. Acesso em: 5 jun 2017.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia**. Referencia: Expediente T-5.498.864 Acción de tutela interpuesta por Liliana Mónica Flores Arcila contra el Tribunal Administrativo del Quindío. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-445-16.htm>. Acesso em: 9 mar 2017.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia**. Referencia: Expediente T-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. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia**. Referencia: expediente D-3099 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 67 (parcial) de la Ley 44 de 1993. Actor: José Obdulio Gaviria Vélez. Magistrada Ponente (e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger Corte Constitucional Republica de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-01.htm>. Acesso em: 16 mar 2017.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia**. Referencia: expediente T-2384611. Acción de tutela instaurada por LAIS contra el Bar Discoteca PANDEMO, de propiedad del señor ZOTO[1]. Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ , Bogotá, D.C., 13 de agosto de 2010, Corte Constitucional de Colombia. disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 16 mar 2017.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia.** Referencia: Expediente T-4.982.494. Acción de tutela instaurada por Jannet Martínez contra la Alcaldía de Yopal, el Concejo Municipal de Yopal y la Inspección Tercera de Policía de Yopal. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Bogotá, D.C., 30 de noviembre de 2015, Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-736-15.htm>. Acesso em: 16 mar 2017.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia.** Referência: Expediente T-5.596.207. Acción de tutela instaurada por Esperanza y Otra contra el Ministerio de Defensa, Ministerio del Trabajo, Policía Metropolitana de Bogotá, Personería de Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá y Procuraduría General de la Nación Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Bogotá, D.C., 31 de octubre de 2016. Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-594-16.htm>. Acesso em: 16 mar 2017.

_____. **Corte Constitucional Republica de Colombia.** Auto 414A/15 Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-970 de 2014. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015). Corte Constitucional de Colombia.

_____. **Ministerio de Salud y de Protección Social.** Resolução 1216 de 20 de abril de 2015. Disponível em: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201216%20de%202015.pdf. Acesso em: 17 mar 2016.

CUNHA, Sergio Sérvulo Da. **Princípios Constitucionais/** Sergio Sérvulo da Cunha. - São Paulo: Saraiva 2006.

DE BRASÍLIA, Adriana Romeo. **Os avanços trazidos pelo texto promulgado e 1988.** 2003. Câmara Dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/15-ANOS-DA-CONSTITUICAO/320587-OS-AVANCOS-TRAZIDOS-PELO-TEXTO-PROMULGADO-E-1988.html>. Acesso 10 de fev 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1984-1985.

_____. **O estado atual de biodireito**, 6. ed., São Paulo. Saraiva, 2009.

EL UNIVERSO. Disponível em: <http://www.eluniverso.com/2008/02/23/0001/21/0C4F3A8CDC21405C9FB54924B116792E.html>.. Acesso em: 01 jul 2016.

DWORKIN, Ronald. **DOMÍNIO DA VIDA.** Aborto, eutanásia, e liberdades individuais/ Ronald Dworkin. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão de tradução: Silvana Vieira: São Paulo, Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FIUZA, Cesar. FREIRE DE SÁ, Maria de Fatima. **Direito Civil: Atualidades II**. Cesar Fiuza, Maria de Fatima Freire De Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FOUCAULT, Michel. 1926-1984. **O governo de si e dos outros**: curso no Collège de France (1982-1983) / Michel Foucault; tradução Eduardo Brandão. _ São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. - (Obras de Michel foucault).

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Jurídica: E Constituição no Estado de Direito Democrático**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Hermenêutica Constitucional: um contributo a construção do Estado Democrático de Direito**, Curitiba: Juruá, 2011.

GUTIÉRREZ, Juan Pablo Vázquez, **Autoridad moral y autonomía: Una relectura del pensamiento sociológico de Émile Durkheim**. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ATAZAAQBAJ&pg=PT92&dq=%C3%89mile+Durkheim+e+a+Fundamenta%C3%A7%C3%A3o+Social+da+Moral&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwiztOnx_DNAhUHK5AKHeGkANUQ6AEINDAE#=onepage&q=%C3%89mile%20Durkheim%20e%20a%20Fundamenta%C3%A7%C3%A3o%20Social%20da%20Moral&f=false. Acesso em: 5 jul 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel, 1724-1804. **Metafísica dos Costumes**, tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof, Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013. – (Coleção Pensamento Humano).

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LIGIA, Gonzáles Chaves. **Constitución Política de Colombia. 34ª edición**, año 2015, Legis Editores S.A. Actualización Ligia González Chaves. Jefe de Unidad de Derecho Público de LEGIS.

LOCH, Jussara de Azambuja. **Uma Introdução à Bioética**. Temas de Pediatria Nestlé, Kipper DJ. n.73, 2002. p. 12-19.

MARTA Isabel Pereira Arana. **La prestación del servicio de salud en Colombia**. Tensiones entre derechos y servicios en el acceso al sistema de salud en Colombia. 26 de enero de 2007. Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza. Disponível em: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-283.html#h5>. Acesso em: 22 jan 2017.

MANUEL José Cepeda E. **El derecho a la constitución en Colombia. Entre la rebelión pacífica y la esperanza**. Revista Española de Derecho Constitucional Año 15. Núm. 44. Mayo-Agosto 1995. Pag. 129- 183.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MORIN, Edgar. **O homem e a morte**. (1970) 2ª edição. Tradução de João Guerreiro Boto e Adelino dos Santos Rodrigues. Editor: Francisco Lyon de Castro.

MONTEALEGRE, Eduardo Lynett. **Principio de Dignidad Humana**. Sentencia T-881 de 2002/expedientes T-542060 y T-602073. Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>. Acesso em: 22 dez 2016.

QUINCHE, Ramírez Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991y sus Reformas/** Manuel Fernando Quinche Ramírez. – 3.ed. – Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009. 820op. – (colección de textos de jurisprudencia). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=T1a1GQZ149YC&pg=PA90&dq=DIGNIDAD+HUMANA+COMO+PRINCIPIO+FUNDAMENTAL+EN+COLOMBIA&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjwL-e-bDSAhVDEpAKHS5YA0UQ6AEIRjAJ#v=onepage&q=DIGNIDAD%20HUMANA%20COMO%20PRINCIPIO%20FUNDAMENTAL%20EN%20COLOMBIA&f=false>. Acesso em: 20 dez 2016.

PEREIRA, Osmânio. **Projeto de Lei Nº 5058, de 2005** Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=295399. Acesso em: 10 nov 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte, Permanente e Clausulas Pétreas na Democracia Participativa**, 4 ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

RAMOS, Flamarion, MELO Rúrion; FRATESCHI, Yara. **Manual de filosofia política: para os cursos de Teoria do Estado e ciência política, filosofia e ciência sociais**. 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Augusto Cesar. **Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte**, Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

REALE, Miguel, 1910-2006 **Filosofia do direito** / Miguel Reale. - 19. ed. - São Paulo Saraiva, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 2016, **Diccionario de la Lengua Española-Autonomía**. Disponível em: <http://dle.rae.es/?id=4TsdIBo>. Acesso em: 25 jun 2016.

RESTREPO, Adriana María Ospina / **Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana**. Revista electrónica// Facultad de Derecho y Ciencias Políticas// U de A Numero 6//Año 2 // ISSN 1234567 //Enero –Abril de 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/1982/1/Acercamiento%20conceptual%20a%20la%20dignidad%20humana%20y%20su%20uso%20en%20la%20Corte%20Constitucional%20en%20Colombia.pdf>. Acesso em: 2 dez 2016.

RIVABEM, Fernanda Schaefer/ **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor-Fonte do Sistema Constitucional Brasileiro**. Edição Especial: Anais do I Encontro de Direito e Cultura Latino-Americanos: Diversidade, Identidade e Emancipação. Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315 (impresso) 2236-7284 (eletrônico). V. 43, N. 0 (2005). Disponível em: < vabem> Acesso em: 23 nov 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 12. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 9ª. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspetos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida**, Rio de Janeiro: Forense, 200

ANEXOS

- a. Projeto de Lei “por meio do qual, se modifica parcialmente o § 1º artigo 121 do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, código penal. Se reconhece a eutanásia em paciente consciente e capaz, como o “direito a Morrer Dignamente”, e se ditam disposições regulamentares da materialização do direito a morrer dignamente, e se ordena a criação, organização e funcionamento de comitês científicos especializados em processos de eutanásia ativa em paciente consciente com capacidade, nos centros hospitalares e em geral prestadores de serviços de saúde no território brasileiro.....122
- b. Sentencia C-239 de veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997). Corte Constitucional da Colombia.....136
- c. Auto 414A dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015). Corte Constitucional da Colombia.....237
- d. Resolución 1216 de 20 de abril de 2015 Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.....276
- e. proyecto de ley ordinaria, 117 de 2014 “por la cual se reglamentan las prácticas de la Eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones”.....284
- f. Projeto de Lei No. 5058 de 2005 Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.....298
- g. Projeto de Lei do Senado nº 125, de 1996, autoriza a pratica da morte sem dor nos casos em que especifica e dá outras providências.....302

ANEXO A**Projeto de Lei Nº _____ / _____****(YULIANA HERRERA MIRANDA DE SOUTO)**

O qual se ordena modificar parcialmente o § 1º artigo 121 do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, código penal. E reconhece a eutanásia em paciente consciente e capaz, como o “direito a Morrer Dignamente”, e se ditam disposições regulamentares da materialização do direito a morrer dignamente, e se ordena a criação, organização e funcionamento de comitês científicos especializados em processos de eutanásia ativa em paciente consciente com capacidade nos centros hospitalares e em geral prestadores de serviços de saúde no território do Brasil.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art.1º A presente lei tem como finalidade modificar parcialmente o § 1º artigo 121 do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, código penal, com adição de um inciso. Reconhecer a eutanásia em paciente consciente e capaz, como o “direito a Morrer Dignamente”. Definir disposições regulamentar integrais e rigorosas da forma em que se deverão atender as solicitações dos pacientes terminais; os procedimentos necessários para a pratica da eutanásia; a criação, organização e funcionamento dos comitês científicos especializados em processos de eutanásia ativa e em paciente consciente com capacidade, nos centros prestadores de serviços de saúde no território brasileiro, como mecanismos que permitam controlar e avaliar a correta realização da eutanásia em atenção do dever do Estado de proteger a vida.

Capitulo I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art.2º para efeitos da presente lei se apresentam as seguintes definições:

- I. *Eutanásia*: é a terminação intencional da vida por outra pessoa, isso é, médico assistente qualificado e especializado quem realizará o procedimento de uma forma digna e humana, a partir da petição livre, informada e reiterada do paciente que se encontra em fase terminal, sofrendo intensas dores, continuados padecimentos e/ou grave lesão corporal que a pessoa considere indigna.
- II. *Médico Assistente*: é o profissional da medicina que tem a responsabilidade do cuidado do paciente vítima de enfermidade terminal ou grave lesão corporal, que ademais, faz o registro médico da eutanásia e o atestado de óbito; e termina conforme petição expressa do paciente com vida deste de uma forma digna e humana.
- III. *Médico de Referência*: é o profissional da medicina consultado pelo médico tratante em segundo grau, com objetivo de alcançar uma confirmação médica do diagnóstico, as opções terapêuticas e o prognóstico do paciente que solicita o encerramento de sua vida de uma forma digna e humana, em virtude de seu nível especializado de conhecimento e experiência no assunto.
- IV. *Médico especialista*: é o profissional da medicina que tem uma especialização acadêmica no campo de conhecimento que estuda a enfermidade pela qual o paciente é tratado.
- V. *Confirmação médica*: significa que a opinião clínica do médico assistente é confirmada em segundo grau, por um médico independente que a sua vez examinou o paciente e sua história clínica.

- VI. *Aconselhamento*: refere-se às consultas que sejam necessárias entre psiquiatra e/ou um psicólogo, ou uma equipe de apoio conformado por profissionais de ambas às disciplinas, e o paciente que solicitado reiteradamente a seu médico assistente à terminação de sua vida de forma digna e humana, com o propósito de determinar a situação real do paciente, a maturidade de seu juízo e sua vontade inequívoca de morrer, também para confirmar que não padece alguma desordem psiquiátrica, psicológica, ou de depressão momentânea que possa estar perturbando seu juízo.
- VII. *Decisão informada*: significa a decisão feita pelo paciente de solicitar a eutanásia seja verbal ou escrita para obter uma ordem ou prescrição médica, de seu médico assistente, para o procedimento de eutanásia, o qual implica que a pessoa possui conhecimento confiável de sua enfermidade e das opções terapêutica: assim, como das diferentes alternativas existentes em medicina paliativa, incluindo tratamentos para o controle da dor e seu prognóstico; além, de que deve contar com a capacidade suficiente para fazer essa escolha.
- VIII. *Adulto capaz*: pessoa com 18 anos de idade ou maior, que conforme a opinião de um comitê de médicos assistentes ou de especialista, de um psiquiatra e/ou um psicólogo ou grupo de apoio, tenha a habilidade de entender, decidir e comunicar por si as decisões respeito de seu estado de saúde e sua vida a autoridades competentes.

Art.3º Adicione-se ao § 1º artigo 121 do Decreto-lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, (Código Penal), o inciso I, com a seguinte redação:

- I. Em caso de enfermos terminais em que concorra a vontade livre do sujeito passivo do ato, e cumprindo com os requisitos estabelecidos para o procedimento de eutanásia, não poderá derivar-se responsabilidade penal para o médico autor, pois, a conduta é justificada em motivos legais.

Art.4º Se define como enfermo em fase terminal a todo aquele que é portador de uma enfermidade ou condição patológica grave, diagnosticado em forma precisa por um médico especialista, que demonstre um caráter progressivo e irreversível, com prognóstico fatal próximo ao prazo relativamente breve, não sendo superior a seis (6) meses, não sendo suscetível de um tratamento curativo e de eficácia comprovada, que permita modificar o prognóstico de morte próxima; ou quando os recursos terapêuticos utilizados, tratamentos ou procedimentos com fins curativos deixam de ser eficazes.

Art.5º São critérios para a garantia do direito a morrer com dignidade a prevalência da autonomia do paciente, a celeridade, a oportunidade, e a imparcialidade.

Art.6º As pessoas com enfermidades em fase terminal têm direito à atenção em cuidados paliativos para melhorar a qualidade de vida, mediante um tratamento integral da dor, o alívio do sofrimento e outros sintomas, seus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionais, espirituais e sociais. Inclui o direito dos pacientes a desistir de forma voluntária e antecipada de tratamentos médicos necessários que não cumpram com os princípios de proporcionalidade terapêutica e não representem uma vida digna para o paciente conforme o disposto em Resolução CFM nº 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina.

Capítulo II

DAS CONDIÇÕES E PROCEDIMENTOS DE CUIDADO DEVIDO

Art.7º Nos estritos termos desta lei, a única pessoa que pode praticar o procedimento da eutanásia é um profissional da medicina em exercício que para os efeitos desta regulação é o médico assistente. Desta forma, não será objeto de sanção penal o médico assistente que respeite estritamente as condições e procedimentos de cuidado devido que esta lei estabelece, e adicionalmente, verifique o cumprimento de cada um dos seguintes requisitos:

- I. Que o paciente seja de nacionalidade brasileira ou estrangeiro residente por um tempo não menor de um (1) ano, adulto maior de idade, legalmente capaz, em pleno uso de suas faculdades mentais ao momento de apresentar a solicitação por meio oral ou escrita, ao médico assistente da aplicação da eutanásia, em concordância com o disposto pôr a Lei No 10.406, de 10 de janeiro 2002. (Código Civil) nos artigos 1º, 3º e 4º em matéria de capacidade.
- II. Que a petição ou solicitação para que seja praticada a eutanásia por parte do paciente seja livre e informada, manifestada inequivocamente por escrito, quando seja possível, voluntaria e reiterada, a qual não permita a existência de dúvidas de sua origem, e que a mesma não seja o produto de uma pressão exterior indevido ou resultado de uma depressão momentânea.
- III. Que o paciente sofra de uma enfermidade terminal, certificada em sua história clínica por dois médicos especialistas, que a enfermidade produza intensas dores, continuadas aflições, os quais não possam ser aliviados pela ciência médica atual com esperança de cura ou melhoria.

Art. 8º Para garantir o pleno cumprimento do procedimento de cuidado devido, antes de levar o procedimento da eutanásia o médico assistente deverá em todo caso:

- I. Informar em detalhe ao paciente sua condição médica, isto é, seu diagnóstico, prognóstico, e as diferentes opções terapêuticas e de medicina paliativas existentes; de seus potenciais benefícios, riscos e consequências em relação com os efeitos e sua expectativa de vida.
- II. Verificar com todos os meios científicos a seu alcance, as intensas dores ou agonias contínuas que sofre o paciente, e a natureza reiterada, livre e voluntaria da solicitação. De tal forma que em conjunto paciente e médico assistente concluam que não existe alternativa terapêutica possível para aliviar a penosa situação de dor e sofrimento do paciente, diferente ao procedimento de eutanásia.

- III. A remissão do paciente com sua história clínica, para uma segunda valoração do diagnóstico, as opções terapêuticas e o prognóstico emitido pelo médico assistente ao médico de referência em virtude de seu nível de especialização, conhecimento e experiência na matéria, quem deverá voltar a examinar integralmente ao paciente, para obter novos resultados denominados de “confirmação médica”, que incluirá um informe detalhado da condição do paciente, devendo ser outorgada uma cópia do informe ao médico assistente e ao paciente.

Art. 9º Requisitos. A solicitação de eutanásia deverá fazer-se de forma escrita ou verbal pelo próprio paciente.

§ 1º. Quando a solicitação seja por escrito, deverá ser diligenciada e assinada pelo paciente e duas testemunhas, que na presença do paciente dá fé da forma de agir do paciente respeito de sua vontade, que tem capacidade e não está sendo coagido por outras pessoas a assinar a petição de eutanásia; documento que deverá ser registrado no cartório para sua autenticidade.

§ 2º. Quando a solicitação seja verbal, o médico assistente deverá preencher um formato de solicitação específico para o procedimento da eutanásia, assinado pelo paciente, mais duas testemunhas com as respectivas impressões digitais.

- I. O Conselho Nacional de Saúde em cooperação com o Conselho Federal de Medicina elaborará o formato de solicitação específico para o procedimento da eutanásia, e demais formatos necessários.

§ 3º. Ao menos uma das testemunhas na manifestação verbal ou escrita, não poderá ser: I-familiar do paciente, até o 4 grau de parentesco estabelecido no artigo 1.591 e 1.592, do Código civil, ou por parentes por afinidade, quando se trate do cônjuge ou companheiro (a); é dizer, pessoas que tenham interesse material na morte do paciente, em virtude de contratos, ou obrigações civis e comerciais. II- Médico assistente.

§ 4º. O paciente poderá revogar a solicitação de eutanásia em qualquer momento.

Capítulo III

DOS COMITÊS CIENTIFICO- INTERDISCIPLINARES PARA O DIREITO A MORRER COM DIGNIDADE

Art.10 Organização. Os níveis de atenção de Saúde, secundário e terciário, como Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), os hospitais e outras unidades de atendimento especializado ou de média complexidade, em geral os prestadores de serviços de saúde, para hospitalização oncológica, ou serviço de atenção institucional de paciente crônico ou serviço de atenção domiciliar para paciente crônico que contém com os protocolos de manejo para o cuidado paliativo, formarão ao interior de cada entidade um Comitê Científico-Interdisciplinar para o Direito a Morrer com Dignidade, de conformidade com os termos previstos na presente lei.

Art.11 Conformação. Cada Comitê estará conformado por três (3) integrantes da seguinte forma:

- (i) Um médico com a especialidade na patologia que padece a pessoa, diferente ao médico assistente.
- (ii) Um Advogado
- (iii) Um psiquiatra
- (iv) Um Psicólogo clínico.

§ 1º. Os profissionais deverão ser designados pelo respectivo hospital, ou a respectiva entidade prestadora dos serviços de saúde.

§ 2º. Os integrantes do Comitê não poderão objetar consciência do procedimento de eutanásia em paciente terminal consciente e capaz, que manifesta vontade. Condição que se declara no momento da conformação do Comitê. Assim, mesmo deverão manifestar, em cada caso, os conflitos de interesses que possam afetar as decisões.

Art.12 Funções. Cada Comitê terá como funções as seguintes:

- I. Revisar a determinação do médico assistente e do médico de referência, a solicitação que formule o paciente e estabelecer se o médico informou ao paciente seus direitos a cuidados paliativos.
- II. Ordenar a instituição responsável do paciente, a designação, em um termino máximo de 24 horas, de um médico não objetor, quando se apresente objeção por parte do médico que deve praticar o procedimento que antecipa a morte em forma digna em um enfermo terminal.
- III. Estabelecer, dentro de um prazo não superior a dez (10) dias calendário, a partir da solicitação, se o paciente que solicita o procedimento de eutanásia reitera sua decisão de que lhe seja praticada.

- IV. Vigiar que o procedimento se realize quando a pessoa o indique, ou em sua falha dentro dos quinze (15) dias calendários seguintes ao momento em que o paciente reitere sua decisão.
- V. Vigiar e garantir que todo o procedimento para morrer com dignidade se desenvolva respeitando os termos desta lei, e seja garantido a imparcialidade das pessoas que intervêm no processo, para o qual deverá fazer as verificações que devam ser feitas.
- VI. Suspender o procedimento que antecipa a morte digna em caso de detectar alguma irregularidade e levar ao conhecimento das autoridades competentes a possível comissão de uma falta ou delito, se fora o caso.
- VII. Acompanhar de maneira constante e durante as diferentes fases, tanto a família do paciente, como ao paciente com ajuda psicológica, médica e social, para mitigar os eventuais efeitos negativos em o núcleo familiar e no paciente.
- VIII. Remitir ao Ministério de Saúde, um documento no qual reporte todos os fatos e condições que rodeiam o procedimento a fim de que o Ministério de Saúde realize controle sobre os procedimentos de eutanásia.
- IX. Guardar reserva e confidencialidade da informação que, por causa de suas funções, deva conhecer e tramitar, sem prejuízo das exceções legais. O tratamento de dados pessoais deverá estar sujeito ao marco jurídico da proteção destes.
- X. Designar um secretario técnico do Comitê e criar seu próprio regulamento com base na presente lei.

Art. 13 O Comitê, uma vez integrado nos termos da presente lei, realizara uma sessão de instalação onde adotará a regulamentação interna, designara um secretario técnico e vai dispor de todo o necessário para o cumprimento de suas funções.

Art. 14 O comitê será convocado pelo médico assistente, que recebeu a solicitação, após obter a “confirmação médica”, do médico de referência, através de relatório clínico à Secretaria Técnica o qualquer integrante do Comitê, ao dia seguinte da recepção de solicitação do procedimento para morrer com dignidade.

Recebido o relatório clínico do médico assistente, o Comitê irá manter permanentes sessões com a finalidade de atender as funções previstas no artigo 11º da presente lei.

§ 1º. Em caso de dúvida razoável sob os pressupostos para fazer efetivo o direito a morrer com dignidade, o Comitê poderá convidar as pessoas físicas ou jurídicas, quando estime que a contribuição destas pode ser útil para os fins encomendados ao mesmo. Os convidados poderão ter voz, mas não voto, na decisão do procedimento; devendo ser garantida a reserva e confidencialidade da informação

Art.15 O quórum de instalação do Comitê será com a totalidade de seus integrantes. As decisões serão adotadas, de preferência por consenso. Em caso do Comitê não chegar a um acordo dos temas, se admitirá a maioria.

Art. 16 A Secretaria Técnica de cada Comitê será determinada por seus integrantes e a mesma deverá cumprir as seguintes funções:

- I. Receber a solicitação de procedimento para morrer com dignidade e dar tramite imediato da mesma.
- II. Realizar a convocatória das sessões subsequentes do Comitê.
- III. Elaborar as atas correspondentes e fazer seguimento ao cumprimento das decisões emanadas do Comitê.
- IV. Preparar e apresentar ao Comitê as propostas, documentos de trabalho, informes e demais, material de apoio, que serve como suporte as decisões do mesmo.
- V. Levar o arquivo documental das atuações do Comitê e os suportes respectivos e manter a reserva e confidencialidade dos mesmos assim como da informação que tenha conhecimento.
- VI. Dar respostas as petições e solicitação de informação e requerimentos que se formulem ao Comitê.
- VII. Remitir a informação e suportes dos procedimentos que sejam realizados ao Ministério de Saúde.
- VIII. As demais funções que sejam próprias de seu caráter de apoio e suporte técnico ou que lhe sejam adjudicadas pelo Comitê.

Art.17 Funções das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), os hospitais e outras unidades de atendimento especializado ou de média complexidade, em geral os prestadores de serviços de saúde, para hospitalização oncológica, ou serviço de atenção institucional de paciente crônico, ou serviço de atenção domiciliar para paciente crônico, que contem com os protocolos de manejo para o cuidado paliativo:

- I. Oferecer e dispor de todo o necessário para os cuidados paliativos ao paciente que o requeira, respeitando sempre a vontade da pessoa.
- II. Designar aos integrantes do Comitê.
- III. Permitir o acesso ao Comitê à documentação e ao paciente, para fazer as verificações que considere pertinente.
- IV. Garantir que ao interior do Hospital ou centro de prestação de serviços de saúde, existam médicos não objetores, de conformidade com a ordem feita pelo Comitê, ou permitir o acesso a quem não sejam objetores para o procedimento da eutanásia. Não podendo o hospital o centro de prestação de serviços de saúde argumentar objeção de consciência institucional.
- V. Facilitar todo o necessário para o funcionamento adequado do Comitê.
- VI. Garantir a reserva e confidencialidade da informação que, por causa de suas funções deva conhecer e tramitar, sem prejuízo das exceções legais.

Art. 18 Deveres das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), os hospitais e outras unidades de atendimento especializado ou de média complexidade, em geral os prestadores de serviços de saúde, para hospitalização oncológica, ou serviço de atenção institucional de paciente crônico, ou serviço de atenção domiciliar para paciente crônico, que contêm com os respectivos protocolos de procedimento para o cuidado paliativo, em relação com o paciente:

- I. Não interferir, em nenhum sentido, na decisão que adote o paciente, em relação com o direito a morrer com dignidade, mediante atuações ou práticas que afetem ou viciem o consentimento do paciente.
- II. Garantir durante as diferentes fases, tanto ao paciente como a sua família ajuda psicológica e médica, conforme a sua necessidade.

- III. Garantir toda atenção em saúde derivada do procedimento para fazer efetivo o direito a morrer com dignidade, em atenção aos critérios e requisitos estabelecidos nesta lei.
- IV. Tramitar com celeridade as contêm dos pacientes que pretendam fazer efetivo o direito a morrer com dignidade

Capitulo IV

COMISSÃO FEDERAL DE AVALIAÇÃO E CONTROLE APÓS O PROCEDIMENTO DE EUTANÁSIA

Art. 19 O Conselho Nacional de Saúde, com o propósito de garantir o cumprimento das disposições normativas que conformam a presente lei, a defesa dos direitos dos pacientes; assim, como estabelecer os mecanismos que permitam controlar e avaliar posteriormente, a correta observância do procedimento de cuidado devido praticado na eutanásia, atendendo o dever o Estado de proteger a vida, conformara uma Comissão De Avaliação e Controle De Procedimentos Eutanástico. Correspondendo a Ministério da Saúde, regular sob sua composição, competência, funções, regulamentação e atividades.

Capitulo V

VIGÊNCIA

Art. 20 Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 permitiu a concretização do Estado Democrático de Direito, através dos princípios orientadores para a proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos, tendo como máxima, o valor do ser humano e sua dignidade, como elementos significantes na construção de uma sociedade menos injusta.

A Constituição foi projetada para a superação dos obstáculos sociais, políticos e culturais, que se encontravam impregnados nos textos infraconstitucionais.

Existe na atualidade disposições infraconstitucionais que desafiam o princípio de dignidade humana, eixo central da Constituição de 1988; como o Código Penal, Decreto-Lei No 2.848, de 1940, norma anterior à Constituição, que consagra no artigo 121 como homicídio privilegiado, de forma geral, o matar alguém compelido por motivos de relevante valor social ou moral, fechando assim, as possibilidades da eutanásia em casos de pessoas que se encontram em condições especiais, como é um estado terminal, solicitando o paciente que seja realizado o procedimento, por sofrer dores físicas insuportáveis, não ter uma expectativa de vida boa e prolongada, e considerar indigno, cruel e desumano, seu atual estado.

Exceções como a eutanásia voluntária em paciente consciente com capacidade de decisão, devem ser estipuladas no Código Penal, pois o Direito foi humanizado, com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, oito anos após da entrada em vigência do atual Código Penal, e o Estado brasileiro ratificou e reforçou esse conceito de humanização com a Constituição de 1988.

Não é admissível que até a presente data, seja penalizado o sujeito ativo do procedimento de eutanásia, que atua de conformidade com o Art. 1º e Art.5º da Declaração dos Direitos Humanos, que estabelecem a igualdade em dignidade e direitos do ser humano e a fraternidade, como também proíbe a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

O sujeito ativo da eutanásia em paciente consciente e com capacidade, o que busca é efetivar, conforme os postulados e princípios constitucionais a dignidade humana, autonomia da vontade, e livre desenvolvimento da personalidade.

A normatividade no Código Penal deve ser adequada à luz da Constituição, sendo o direito à vida, como direito fundamental contemplado na Constituição de 1988, no artigo 5º, interpretado em consonância com os demais direitos e os princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, intimidade, autonomia da vontade e livre desenvolvimento da personalidade.

Embora, a vida seja um direito fundamental, não é absoluto, não é sagrado, pois devem-se preponderar as circunstâncias particulares de cada indivíduo, que levam a outros direitos e princípios fundamentais, como a autonomia

da vontade e a dignidade humana, prevaleçam em situações extremas, como é o padecimento de dores e sofrimentos intoleráveis, que tiram do ser humano sua boa qualidade de vida em seus últimos dias, fazendo-lhe sentir miserável, e despojando-lhe de sua essência e personalidade, não sendo aceitável portanto, falar de direito à vida, senão de direito a uma boa qualidade de vida.

Em tal sentido, para o desenvolvimento livre da personalidade é dever do Estado que baseia sua filosofia em um sistema pluralista, garantir a todos o efetivo exercício desse direito, como máxima expressão de liberdade; razão pela qual, nenhum direito deve ser considerado absoluto, pois cada quem vive e age conforme suas convicções, não podendo impor suas perspectivas pessoais de forma imperativa, respeito de outras pessoas que vivem e agem de forma distinta ou contrária.

A dignidade humana deve ser interpretada e reconhecida como exercício da autonomia pessoal, patente no desenho do próprio plano de vida, como condições materiais de existência, no entendido de “viver bem”, como intangibilidade da integridade física e moral, “viver sem humilhações”. Portanto a dignidade deve ser observada como um valor, entendida como princípio fundante do ordenamento constitucional, “base axiológica”, como princípio constitucional, de dever positivo do Estado, “mandado de otimização” e finalmente como direito fundamental autônomo, entendido como a proteção concreta da igualdade e o trato digno.

Nesse sentido a dignidade humana com seu caráter de princípio reitor do ordenamento constitucional e infraconstitucional, não pode deixar de ser observado na interpretação e materialização de direitos sejam individuais ou coletivos, pois através do princípio da dignidade humana é que se estabelecem os parâmetros de aplicabilidade dos direitos permitindo avaliar as condições em que os direitos estão sendo exercidos.

Sendo assim, o direito à vida digna, deve envolver também o direito a morrer dignamente, pois não se pode condenar a uma pessoa a que prolongue por um escasso tempo sua vida, quando não o deseja, por padecer de condições médicas graves, o que implicaria um trato cruel e desumano proibido pela Constituição e a Declaração dos Direitos Humanos; situação que anula a dignidade humana e autonomia da vontade da pessoa que padece tais circunstâncias, por essa razão o Estado ou sociedade não podem opor-se à decisão do enfermo terminal de não seguir vivendo por causa de uma doença que lhe produz fortes dores insuportáveis e que ele considera são incompatíveis com sua dignidade.

O direito a morrer dignamente é um direito que causa efeitos jurídicos irreversíveis uma vez consumado, razão pela qual deve estar limitado aquelas pessoas dotadas juridicamente de capacidade e consciência, portanto não seria admissível falar de consentimento e autonomia da vontade para o exercício do direito a morrer dignamente, aquelas pessoas incapazes, seja absoluta ou relativamente, como pessoas com transtornos psiquiátricos ou psíquicos, menores

de idade, pessoas em estado de inconsciência, sendo o consentimento manifestado pessoalmente o fator base na materialização do direito a morrer dignamente.

Sendo a eutanásia voluntária, a ser reconhecida como direito no Brasil, efetuada por médico especializado, a solicitação e com aceitação do paciente, sobre o qual recai o procedimento eutanásico. Derivando-se assim, a importância da autonomia da vontade como fundamento do direito a morrer dignamente, pois, só o paciente em estado de consciência e com capacidade, pode manifestar seu anseio de ao procedimento eutanásico e avaliar se sua atual situação é compatível com sua ideia de vida digna.

Sala das Sessões, _____ de _____ de _____

Yuliana Herrera Miranda de Souto

ANEXO B.

SENTENCIA C-239/97

HOMICIDIO POR PIEDAD-Elementos/HOMICIDIO PIETISTICO O
EUTANASICO/HOMICIDIO EUGENESICO

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. Se 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 pseudocientíficas, 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. 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 del hecho y solicita que le ayuden a morir.

DERECHO PENAL DEL ACTO-Alcance/PRINCIPIO DE CULPABILIDAD-Acto como hecho voluntario

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. 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. 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.

PRINCIPIO DE NO ACCION SIN CULPA

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.

DERECHO PENAL DEL ACTO-Criterios de imposición de la pena/DERECHO PENAL DEL ACTO-Grado de culpabilidad y componentes subjetivos adicionales/ACTO PUNIBLE-Móviles de la conducta

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. 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. Los móviles pueden hacer parte de la descripción del tipo penal, sin que, por ello, en principio, se vulnere ninguna disposición constitucional.

PIEDAD-Definición

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.

HOMICIDIO POR PIEDAD-Consideración subjetiva del acto/HOMICIDIO POR PIEDAD-Conducta antijurídica y sanción menor

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, 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. 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.

HOMICIDIO POR PIEDAD-Elementos objetivos/PENAS-Razonable proporcionalidad con grado de culpabilidad del acto

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. No existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece esos sufrimientos, aun 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, porque 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 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. 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.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Respeto de autonomía e identidad

La Constitución 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. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Deber de socorro por situación de necesidad/HOMICIDIO POR PIEDAD-Móvil altruista y solidario

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.

PERSONA-Asunción responsable y autónoma de decisiones/SISTEMA PLURALISTA-Decisión de subsistencia por circunstancias extremas/DERECHO A LA VIDA-Implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad

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 abocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral. De nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir. Quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente 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.

VIDA-Valor constitucional/VIDA COMO VALOR-Límites a protección estatal/VIDA COMO VALOR-Respeto a la autonomía y dignidad de las personas/TERAPIA-Consentimiento informado del paciente/DERECHOS-Límites al deber de garantizarlos

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

PROTECCION VIDA DEL ENFERMO TERMINAL-Deber estatal cede o se debilita/ENFERMO TERMINAL-Consentimiento informado del paciente de morir dignamente/DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA

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, 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.

DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA-Estado no puede oponerse

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 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, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.

DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA-Consentimiento del sujeto pasivo/DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA-Sujeto activo debe ser un médico

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.

MUERTE DIGNA-Regulaciones legales estrictas

Como el Estado no es indiferente a la vida humana, sino que 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. 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.

MUERTE DIGNA-Puntos esenciales de regulación legal

Los 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, 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.

MUERTE DIGNA-Medidas mientras se regula el tema por 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.

EXHORTACION AL CONGRESO SOBRE MUERTE DIGNA-Regulación

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.

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 inexecutable 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 *ibidem* 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 culpabiliza, 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 PÚBLICO.

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 pseudocientíficas, 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 toda 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, aun 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, porque 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 incesantes 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 abocado 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 incommovible 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 crueldad. 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 obren.

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

LEGISLADOR-Establecimiento forma atenuada de delitos (Salvamento de voto)

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.

SENTENCIA CONDICIONADA O INTERPRETATIVA-Objeto (Salvamento de voto)

La Corte Constitucional puede dictar sentencias condicionadas o interpretativas, con el objeto de evitar la forzosa inexecutable 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 exequibilidad, a la vez que hace lo propio con el entendimiento contrario a la Constitución, declarando su inexecutable. 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.

NORMA JURIDICA-Creación corresponde al legislador/HOMICIDIO POR PIEDAD-Incompetencia de la Corte para introducir causal de justificación/EUTANASIA-Variables acogidas no son únicas como causales de justificación/EUTANASIA-Discusión pública sobre despenalización (Salvamento de voto)

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 exequible. Esta última tarea corresponde exclusivamente al legislador. Y en esta oportunidad la Corte ha introducido una causal de justificación del homicidio piadoso, 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. La referencia al médico como exclusivo beneficiario de la causal de justificación es arbitraria. La referencia al consentimiento, como única fuente de justificación, es igualmente caprichosa. La referencia al enfermo terminal como sujeto pasivo único respecto de cuya muerte se justifica el homicidio piadoso es también arbitraria. 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 sería inconstitucional 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.

EUTANASIA-Modificación del Código Penal y reforma de la Constitución (Salvamento de voto)

No solamente se puede hablar de que la Corte modificó el Código Penal, sino que, en realidad, se reformó la Constitución. 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. 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.

EUTANASIA-Modificación de jurisprudencia/DERECHO A LA VIDA-Carácter de indisponible (Salvamento de voto)

Con esta Sentencia, la Corte Constitucional modificó, sin señalar motivos, su propia jurisprudencia sobre el derecho a la vida. Si algo es predicable del derecho a la vida, en contraste con los demás derechos, es su carácter de indisponible. 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.

HOMICIDIO POR PIEDAD-Alcance de libertad del consentimiento en sujeto pasivo (Salvamento de voto)

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. 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.

ENFERMEDAD TERMINAL SOBRE MENOR (Salvamento de voto)

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? 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?

DISTANASIA (Salvamento de voto)

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.

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 exequibilidad, 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 exequible 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 exequible. 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 las concurrencias 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 2° 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

HOMICIDIO POR PIEDAD-Establecimiento de excepciones corresponde al legislador (Salvamento de voto)

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 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.

EUTANASIA U HOMICIDIO POR PIEDAD-Definición (Salvamento de voto)

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. 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.

DISTANASIA-Definición/DISTANASIA-Necesidad de evitarlo como deber social (Salvamento de voto)

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. 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 práctica, 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.

EUTANASIA Y DISTANASIA-Linderos (Salvamento de voto)

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 la diferencia es clara y radica en la diversa intencionalidad del agente: homicida en la eutanasia, no homicida en el caso contrario.

MEDICINA PALIATIVA Y EUTANASIA-Diferencias (Salvamento de voto)

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.

DERECHO A LA VIDA-Primero de los derechos fundamentales/CONDUCTA EUTANASICA-Illegitimidad jurídica (Salvamento de voto)

El derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales del cual es titular toda persona. Así lo reconoce la Constitución Política colombiana. Este derecho es 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. 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.

VIDA-Derecho irrenunciable (Salvamento de voto)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, a lo largo de toda su existencia, 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.

DERECHO A LA VIDA-Cambio de postura sobre la irrenunciabilidad (Salvamento de voto)

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 ¿por qué no admitir la renunciabilidad de todos estos? 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.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-No es absoluto (Salvamento de voto)

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 está muy lejos de ser una excepción. 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.

MORAL GENERAL O SOCIAL-Mínimo ético (Salvamento de voto)

El fallo 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.

HOMICIDIO POR PIEDAD-Alcances del tipo penal (Salvamento de voto)

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. 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 antijuricidad a favor de quien realiza la conducta punible. Así entonces, 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.

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 práctica, 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 renunciabile.

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 permitiese 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 el 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 Greiffeinstein).

“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).

... “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 (“...irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...”), que refrenda el contenido del artículo 48

ibídem, 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 ¿por qué no admitir la renunciabilidad de todos estos? ¿Si es posible que yo renuncie a mi vida para optar por la muerte, entonces por qué 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 está 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 explicó.

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 cobija 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) (Negrillas 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 derecho habiente -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

LEGISLADOR-Creación causales de justificación de hecho punible/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Extralimitación (Salvamento de voto)

El fallo 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 inexecutable, 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.

DERECHO A LA VIDA-Inviolabilidad (Salvamento de voto)

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. Fue propósito del constituyente diseñar un marco jurídico que tuviera como finalidad "asegurar a sus integrantes la vida".

MEDICINA PALIATIVA/EUTANASIA ACTIVA-Violación de preceptos constitucionales (Salvamento de voto)

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 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.

DISTANASIA-Renuncia a tratamientos por familiares/EUTANASIA-Inconstitucionalidad (Salvamento de voto)

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 distanasia, 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. 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

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 qué 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

ACLARACION ESPECIAL DE VOTO-Fórmula sustitutiva aprobada no corresponde a sentencia (Aclaración especial de voto)

Con todo respeto procedo a aclarar mi voto. 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 ella fue la que en últimas resultó aprobada. Mi propuesta tenía un objetivo claro: establecer una unión indisoluble entre la parte resolutoria 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.

EUTANASIA-Regla inexistente/LEGISLADOR-Exculpación de la obligación de no matar por el médico/CONSTITUCION POLITICA -No es código universal que regula todas las materias (Aclaración especial de voto)

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, 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, 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.

EUTANASIA-Conclusión inatinerente (Aclaración especial de voto)

La sentencia que 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"). 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 inatinentes, 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.

EUTANASIA ACTIVA DIRECTA-Problema de validez del consentimiento/EUTANASIA-Responsabilidad penal de terceras personas (Aclaración especial de voto)

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. 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.

ENFERMEDAD TERMINAL-Prohibición de no matar por el médico/CONSTITUCION POLITICA-No se deriva tesis que justifica acción homicida del médico (Aclaración especial de voto)

Aunque el Estado deba abstenerse de obstaculizar el deseo y la acción del suicida, 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. 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.

MEDICINA PALIATIVA-Necesaria y razonable prioridad (Aclaración especial de voto)

El médico 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, 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. 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.

ACCION HUMANITARIA-Salvar la vida en peligro/DEBERES DEL MEDICO (Aclaración especial de voto)

La acción humanitaria a que alude el artículo 95-2 de la Constitución Política, 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 ocasionado 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.

VIDA HUMANA-Valor constitucional (Aclaración especial de voto)

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. 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.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Carácter central (Aclaración especial de voto)

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.

ENFERMEDAD TERMINAL-Dignidad (Aclaración especial de voto)

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.

LEGISLADOR-Construcción reglas en materia penal (Aclaración especial de voto)

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.

ENFERMEDAD TERMINAL-Terapias paliativas (Aclaración especial de voto)

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.

EUTANASIA ACTIVA INDIRECTA/EUTANASIA PASIVA LIBREMENTE ASUMIDA (Aclaración especial de voto)

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 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 estos 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.

ENFERMO TERMINAL-Pedido de extinción de la vida/ENFERMO TERMINAL-Rehusó de tratamiento clínico y ayuda médica/ENFERMO TERMINAL-Función de la medicina (Aclaración especial de voto)

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. 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 los medicamentos suministrados su ya menguada salud y provocar de manera indirecta su deceso.

ENFERMO TERMINAL-Suministro de medicamentos no asimilable a intención homicida (Aclaración especial de voto)

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.

ENFERMO TERMINAL-Asistencia médica y psicológica por el Estado (Aclaración especial de voto)

En los términos de los 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. 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.

ENFERMEDAD TERMINAL-Métodos letales y medicamentos paliativos (Aclaración especial de voto)

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 aquellos aspectos 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.

EUTANASIA ACTIVA INDIRECTA-Fundamento constitucional (Aclaración especial de voto)

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.

PROCESO POLITICO-Responsabilidad del médico que da muerte al paciente terminal/EUTANASIA ACTIVA DIRECTA-Penalización benigna (Aclaración especial de voto)

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. 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.

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 resolutoria 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 ella fue la que en últimas resultó aprobada.

2. 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 más 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 exculpatario 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.

Cordialmente,
EDUARDO CIFUENTES 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.

Atentamente,
MARTHA V. SACHICA MENDEZ
 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 exculpatario 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 resolutoria 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 insoportable por causa de los “dolores insoportables”, 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 ocasionado 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 particular, de las enfermedades terminales. También resulta plausible 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 precedente 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 estos 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 antidotos de la mansedumbre 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 los 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 de los 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".

Fecha ut supra,
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-239/97

AYUDA AL SUICIDIO-Necesidad de extender interpretación permisiva/ENFERMO NO TERMINAL-Posibilidad de optar por una muerte digna (Aclaración de voto)

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

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 cuadrapléjicos, 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

Auto 035/97

NULIDAD DE PROCESOS CONSTITUCIONALES-Carácter excepcional
INTERVENCION CIUDADANA EN INCIDENTES DE NULIDAD

Al no existir disposición constitucional ni legal que impida o limite la intervención, hay que aceptar que ésta se extiende a todas aquellas actuaciones que se surtan en el proceso, inclusive las que puedan surgir con posterioridad a la decisión que le pone

fin, como serían, por ejemplo, los incidentes de nulidad por cuestiones relacionadas con irregularidades en su trámite, o pretermisión del procedimiento que los rige.

PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-Oportunidad procesal precluida

Aunque la oportunidad la oportunidad procesal ya había precluido y, en consecuencia, lo que procedería sería su inadmisión. Sin embargo, la Corte, obrando con la mayor amplitud, lo tendrá en cuenta en su pronunciamiento, dando aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial, pues es ella la más interesada en hacer claridad sobre los hechos y actuaciones a que alude la petición de nulidad.

INFORMACIONES DE PRENSA-No son prueba idónea

Las informaciones de prensa no son prueba idónea para demostrar sucesos acaecidos dentro de un proceso. Pues si bien es cierto que conforme al artículo 20 de la Constitución los periodistas tienen la obligación de suministrar "información veraz e imparcial", este solo hecho no es suficiente para comprobar que lo publicado en un medio de comunicación, en este caso escrito, se ajuste a la realidad y, por ende, su contenido sea verdadero. Son otros los elementos probatorios a los que debe acudir para establecer la verdad y objetividad de tales informes. Los documentos que pueden constituir prueba idónea para demostrar las presuntas irregularidades en el trámite de cualquier proceso adelantado por esta Corte, son las mismas actuaciones proferidas por ella, que lo conforman, y que permitirían establecer los actos u omisiones en que se ha podido incurrir en su diligenciamiento.

ACTAS DE SALA PLENA-Son de acceso público

Las actas de la Sala Plena son de acceso público según lo consagra el artículo 57 de la ley estatutaria de Administración de Justicia. Al declarar exequible este precepto legal, advirtió la Corte que "el acceso público a las actas de las sesiones que se lleven a cabo en las corporaciones de que trata el artículo 57, deberá estar condicionado a su previa aprobación" . De esta manera los integrantes de cada corporación tienen la oportunidad de revisar el contenido de tales documentos, "con el fin de verificar que en ellos se consigne adecuadamente su deliberación y la votación en cada debate." (sent. C-37/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). A partir de ese momento se convierten en documentos oficiales de acceso libre al público. el Reglamento Interno de la Corte en su artículo 24, ordena que las sesiones de la Sala Plena se celebren previa convocatoria. Dichas sesiones pueden ser ordinarias o extraordinarias. La reunión que, con posterioridad a la sala plena del 20 de mayo de 1997, se celebró por parte de los magistrados que votaron a favor de la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Código Penal, en los términos expuestos atrás, no requería de convocatoria pues no se trataba de una sesión de la Sala Plena sino de una reunión informal que decidieron hacer los magistrados del grupo mayoritario, en dicha reunión informal no se alteró la decisión tomada por la sala plena.

HECHO NOTORIO-Concepto/SALA PLENA-Lo sucedido se acredita con el acta

Hecho notorio es, aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. No es este el caso de cuanto sucede en la Sala Plena de una Corporación, pues lo que allí ocurre sólo puede acreditarse mediante la correspondiente acta, debidamente aprobada, en la que se registre fielmente, la manera como ha transcurrido la sesión.

INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIO POR PIEDAD- Improcedencia

Esta Corporación no encontrando violación alguna en el trámite del proceso materia de debate, no accede a decretar la nulidad impetrada.

Referencia.: Solicitud de nulidad de la sentencia C-239/97

Peticionario: Alberto Giraldo Jaramillo

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

I.1 El Arzobispo de Medellín y Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia, ALBERTO GIRALDO JARAMILLO, en su condición de ciudadano, hizo llegar a esta Corporación el 12 de junio del corriente año, un memorial en el que solicita a la Corte tramitar "el correspondiente incidente de nulidad, dentro del proceso adelantado por la acción de inexequibilidad presentada contra el artículo 326 del Código Penal, que tipifica el delito de homicidio por piedad", con fundamento en los siguientes hechos tomados de las publicaciones realizadas por los diarios EL Tiempo y el Espectador, correspondientes a los meses de mayo y junio de 1997.

1. "Es evidente que existen profundas discrepancias de lo realmente aprobado por la Honorable Corte Constitucional en su Sala Plena del 20 de mayo del presente año, cuando avocó el estudio sobre la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal."

2. "Es evidente que los magistrados que se han referido a lo decidido en la sesión del 20 de mayo, han presentado informaciones contradictorias entre sí: el señor Presidente de la Corte Constiucional se ha referido a la despenalización de la distanasia; el señor Ponente a la despenalización de la eutanasia y el señor Vicepresidente de la Corte a la despenalización de la ortotanasia."

3. "Es evidente que las notorias diferencias acerca del sentido general de la sentencia corresponden a una real irregularidad de trámite, certificada por la Secretaria General de la Corte Constitucional, a quien le corresponde dar fe del contenido de las decisiones que adopta el alto Tribunal."

4. "Es evidente que, si se llegó a esta confusa situación en servidores públicos que obran de buena fe, se debe a que no existió claridad sobre lo que estaba siendo sometido a votación de los señores Magistrados, en la Sala Plena del 20 de mayo."

Los argumentos de derecho que expone el accionante se pueden resumir así:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del decreto 2067 de 1991, "la nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo". Dado que no existe una norma que expresamente señale cuándo se entiende proferido el fallo, caben dos posibilidades:

1. "El fallo se entiende proferido cuando la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada; por ello, lo que hace tránsito a cosa juzgada es la sentencia notificada, y no lo meramente votado. Tal interpretación se funda en el hecho de que proferir un fallo es un acto complejo, integrado por varios momentos que abarcan el debate, la votación, la redacción y suscripción de la sentencia, con sus correspondientes aclaraciones y salvamentos de voto, lo mismo que su notificación. Este es el sentido del artículo 16 del decreto 2067 de 1991 una interpretación distinta atentaría contra la unidad de la sentencia, puesto que no es posible entender una sentencia de constitucionalidad integrada por la mera parte resolutive, a pesar del valor prevalente de ésta."

2. "El fallo se entiende proferido cuando la Sala Plena adopta una decisión, las actuaciones procesales posteriores serían meros actos de cumplimiento."

Dice el accionante que, si se adopta la primera interpretación, la nulidad del proceso puede alegarse hasta tanto quede notificada la sentencia, evento con el cual concluye el acto de proferir un fallo. "para el caso concreto, si existió una violación al debido proceso en la votación de la sesión del 20 de mayo, ella es alegable porque no ha sido proferido el fallo en su integridad."

Y si se adopta la segunda interpretación, "la nulidad del proceso no sería alegable, pero ello no descarta la posibilidad de alegar la nulidad de la sentencia y declararla como tal", como lo sostuvo la Corte en el auto 008 del 26 de julio de 1993, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

Entonces "si la violación del procedimiento, es decir, del debido proceso, sólo se presentó en el acto de decidir, en la votación, la nulidad comprende solamente el mismo acto decisorio. Y por lo mismo, únicamente podía ser alegada con posterioridad a éste. Nadie podrá sostener lógicamente que la nulidad del acto de decisión por hechos ocurridos en éste, pudiera alegarse antes de realizarlo". Es que el debido proceso también debe ser respetado por la Corte Constitucional, quien es la guardiana de la Constitución y, por tanto, "está obligada a ser la autoridad que más lo observe y acate."

Finalmente, agrega el accionante que el artículo 14 del decreto 2067 de 1991 prescribe: "las decisiones sobre la parte resolutive de las sentencias deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional". Sin embargo, para el caso presente, se pregunta: ¿cómo podría adoptarse una determinada decisión si no existe claridad sobre lo que está siendo sometido a votación? ¿No constituiría una gravísima violación al debido proceso, la disconformidad entre lo consignado en una sentencia y lo aprobado en la sesión de fallo? ¿No existiría un desconocimiento del debido proceso y, por tanto, una violación de la integridad de la

Constitución, cuando los Magistrados que han votado afirmativamente un proyecto de fallo, no tienen claridad sobre lo decidido y, por tanto, lo que respaldaron?".

Con base en lo razonado el accionante formula estas peticiones:

"Primero: si se acoge la interpretación de que el fallo se entiende proferido cuando la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada, declarar la nulidad procesal de lo actuado desde la sesión de fallo del 20 de mayo de 1997, en lo relativo a la demanda de exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, incluida la votación."

"Segundo: si se admite que el fallo se entiende proferido cuando la Sala Plena adopta una decisión, declarar la nulidad de la sentencia proferida en el proceso de exequibilidad sobre el artículo 326 del Código Penal."

"Tercero: adoptar, en consecuencia, las decisiones que procedan sobre la integración de la Sala Plena que deberá proferir un fallo carente de vicio alguno, en el proceso de exequibilidad sobre el artículo 326 del Código Penal."

1.2 El 16 de junio de 1997, los ciudadanos ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA Y ANDRES BERNARDO ARANGO MARTINEZ, presentaron ante esta Corte un escrito "para coadyuvar la solicitud de nulidad formulada el 12 de junio del presente año", por el Arzobispo Alberto Giraldo Jaramillo. En dicho memorial se refieren los coadyuvantes exclusivamente a aspectos atinentes a la procedencia de la nulidad en procesos ante la Corte Constitucional, la tipicidad de la causal, la diferencia que existe entre la nulidad y un recurso, la oportunidad para alegarla, los efectos de la nulidad en los procesos constitucionales y la cosa juzgada, para concluir que las únicas irregularidades que se pueden proponer en actuaciones de esta índole son aquéllas que impliquen violación del debido proceso (art. 49 inciso 2o. decreto 2067/91). En consecuencia, se preguntan si las "graves irregularidades que se resumen a continuación ¿constituyen acaso una recta y cumplida administración de justicia? ¿son posibilidades de actuación legalmente previstas? ¿o integran las formas propias de los juicios de constitucionalidad? "

1. La parte resolutive de la sentencia no corresponde al texto de la moción sustitutiva aprobada por seis votos a favor y tres en contra. Por ello el autor de ésta sostiene que fue modificada.

2. Los fundamentos de la sentencia no son congruentes con la decisión adoptada por la Sala Plena, de ahí que uno de los magistrados haya afirmado que la sentencia no expresa el genuino sentido de la decisión.

3. El texto de la sentencia C-239/97, no fue adoptado en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997, sino en otro lugar e instancia. Además, se alteró la decisión de forma tal que no corresponde al contenido de la sentencia fijada en edicto apenas el 13 de junio de 1997.

Para terminar, hacen las siguientes peticiones:

"Primero: Admitir y tramitar el incidente de nulidad presentado en el proceso D-1490 por Monseñor Alberto Giraldo Jaramillo, Arzobispo de Medellín y Presidente de la Conferencia Episcopal de Colombia."

"Segundo: Reconocer a quienes suscriben el presente memorial como coadyuvantes de la solicitud de nulidad presentada en el proceso No. D-1490."

"Tercero: Por las irregularidades cometidas que implican violación al debido proceso, declarar nulo el proceso No. D-1490 en la etapa de decisión, suscripción y elaboración de la sentencia, la cual ha sido radicada bajo el No. 239/97."

I.3 En la misma fecha se recibió un fax suscrito por el Presidente y la Secretaria General del "Centro de Trabajadores Cristianos para el Cambio Social. CETRAC", que dice: "Basados Preámbulo Constitución Nacional '... y asegurar a sus integrantes la vida...' y artículo 11 'el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte'. Exigimos respeto derechos fundamentales y anulación fallo aplicación eutanasia (sic)".

I.4 Dichos escritos se remitieron a la Sala Plena, la que por intermedio de su Presidente procedió a efectuar, mediante sorteo, el reparto de rigor, correspondiendo el negocio al magistrado que actúa como ponente.

En auto del día 19 de junio de 1997, el Magistrado Sustanciador avocó el conocimiento del asunto y solicitó a la Secretaria General de esta Corporación que certificara acerca del trámite que se le imprimió al proceso D-1490 desde la presentación de la demanda hasta la expedición del fallo, cuya respuesta fue entregada por la funcionaria citada el mismo día.

I.5 El 24 de junio de 1997 los ciudadanos coadyuvantes presentaron personalmente ante esta Corte, otro memorial "relativo a la fundamentación de la nulidad alegada dentro del proceso D-1490 y a los elementos probatorios pertinentes", en el que concretan cada una de las presuntas irregularidades que, en su sentir, son predicables del proceso antes citado.

I.5.1 Violación de las normas propias del juicio de constitucionalidad. En este punto señalan que de acuerdo con lo estipulado en el Reglamento Interno de la Corte (art. 1) no toda reunión de los Magistrados de la Corporación conforma la Sala Plena, sino sólo aquella a la cual son convocados debida y previamente y que tiene por secretario al Secretario General de la Corte, quien es el encargado de redactar el acta de la sesión. La reunión que no cumpla estos requisitos carece de validez, según lo estatuye el artículo 24 del mismo ordenamiento cuyo texto es éste: "No serán válidas las decisiones que se adopten en sesión para la que no hayan sido convocados los Magistrados, salvo que, hallándose todos presentes acuerden sesionar."

Luego dicen que es un hecho notorio que el 29 de mayo de 1997 se reunieron los seis magistrados que apoyaron el fallo (Barrera, Arango, Martínez, Cifuentes, Gaviria y Morón), realizando una reunión informal para verificar los términos de la sentencia. Esta actuación "no sólo está por fuera del marco jurídico (*praeter legem*), sino que es contraria a él (*contra legem*)", lo que constituye una irregularidad que viola el

debido proceso. Además, las correcciones que allí se acordaron e hicieron a la sentencia C-239/97 "no fueron sólo de estilo, sino la adopción de una sentencia parcialmente distinta a la decidida en la sesión del 20 de mayo de 1997. Es por ello que el Magistrado Cifuentes escribió en su aclaración especial de voto que 'en ningún otro lugar, momento o instancia -distinto de la Sala Plena- puede adoptarse una sentencia que sea la sentencia de la Corte Constitucional'".

I.5.2 Disconformidad entre la sentencia C-239/97 y lo decidido en Sala Plena. En primer término consideran los peticionarios que el texto del numeral 1o. de la parte resolutive de la sentencia, no coincide con el que fue aprobado por la Sala Plena, y después de transcribir la parte resolutive que aparecía en el proyecto de fallo presentado por el ponente y la propuesta sustitutiva hecha por el Magistrado Cifuentes, afirman que esta última fue la que finalmente se aprobó por seis votos contra tres, y cuyas "partes motivas hacían referencia a la eutanasia indirecta y a la eutanasia pasiva, nunca a la eutanasia activa y directa". Además, expresan que no se puede negar la existencia de la proposición sustitutiva y de su aprobación, pues ¿cómo explicar la incorporación del enfermo terminal en la parte resolutive de la sentencia?

Iguals consideraciones hacen en relación con el sujeto activo de la conducta tipificada en el artículo 326 del Código Penal, pues sostienen que "la ponencia original hacía referencia a "el autor", y no a "el médico autor" como quedó consignado en la parte resolutive de la sentencia."

También aluden a que el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia tiene dos elementos de disconformidad, a saber: a) La exhortación al Congreso para que regule la inducción o ayuda al suicidio y b) la exhortación al Congreso para que regule la participación de terceros distintos al médico en la muerte digna.

Sobre el primer punto manifiestan que al leer el numeral 2o. de la parte resolutive de la sentencia y la definición que en la motivación se hace de muerte digna, dicho numeral quedaría integrado así : "Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule la asistencia al suicidio, la eutanasia activa voluntaria o involuntaria y la eutanasia pasiva, comportamientos que en el caso sub-examine se relacionan con la muerte digna" ; así las cosas, la parte resolutive de la sentencia no corresponde con lo aprobado por la Sala Plena, pues "mientras en la parte resolutive se exhorta al Congreso a regular permisivamente la ayuda al suicidio, expresamente el Magistrado Ponente aclara su voto porque '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 y, en esto, lo acompaña el Magistrado Jorge Arango Mejía. Es un hecho notorio, como se ha dicho, que el proyecto de fallo presentado por el Magistrado Ponente proponía que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Código Penal, señalase que éste conformaba unidad normativa con el artículo 327, cuya exequibilidad también se condicionaría. La Sala Plena aprobó entre otras determinaciones, la supresión de la referencia al mencionado artículo 327. Sin embargo, el numeral segundo de la parte resolutive se extiende a este artículo, puesto que en la exhortación al Congreso se incluye evidentemente la inducción o ayuda al suicidio. Por tanto, es evidente para todos -incluido el Magistrado Ponente,

el Magistrado que lo acompañó en su aclaración de voto y el Magistrado que aclaró su voto de manera especial- que el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia C-239/97 no corresponde de manera parcial, con lo que fue aprobado en la sesión del 20 de mayo de 1997. Con esta grave irregularidad se han pretermitido disposiciones básicas y estructurales del juicio de constitucionalidad e, igualmente, se ha violado el debido proceso."

En lo que respecta al punto segundo, sostienen que la sentencia C-239/97 "exhorta al Congreso a regular, entratándose (sic) de la muerte digna, qué personas - denominadas sujetos calificados o personas competentes- pueden tomar parte en este proceso. Se permite, de esta manera, que la regulación se extienda a terceros distintos del médico, en contravía de lo dispuesto por la Sala Plena que decidió restringir el sujeto activo de cualquier persona -como se proponía en el proyecto de fallo- al médico, como efectivamente se observó, por lo que hace al primer considerando. Por tanto, es evidente que en relación con el sujeto activo cuya conducta está justificada en la 'muerte digna', el segundo numeral de la parte resolutive de la sentencia C-239/97 -integrado como es lógico con los considerandos de la providencia- no corresponde, de manera parcial, con lo que fue aprobado en la sesión del 20 de mayo de 1997. Esta irregularidad desconoce normas del juicio de constitucionalidad que llevan a la parte resolutive a ser incongruente, por ello, se ha violado el debido proceso."

Finalmente, reiteran que "la disconformidad no consiste, precisamente, en no haber sido incorporado el pensamiento de los Magistrados que salvaron el voto, sino, en no haber incluido fielmente la propuesta sustitutiva acogida por los integrantes de la mayoría, propuesta que -según se lee en la aclaración especial de voto de la sentencia C-239/97-, incluiría la aceptación de la eutanasia pasiva, posibilidad que tampoco contaba con la aceptación de los Magistrados que salvaron su voto, según se aprecia en sus respectivos salvamentos."

1.5.3 Otras irregularidades en la sentencia C-239/97 en relación con lo decidido por la Sala Plena. Dicen los accionantes que a pesar de que el artículo 14 del decreto 2067 de 1991 prescribe que "en todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive". Sin embargo, la grave contradicción entre estas dos partes de la sentencia constituye violación al Estado social de derecho "pues no sería lo jurídico sino el arbitrio del juez -al cual no se encuentran sometidos los habitantes del territorio nacional-, lo que se tornaría en obligatorio". Un caso típico de incongruencia sería "aquél en que las consideraciones justifican un fallo de constitucionalidad distinto del adoptado en la parte resolutive, es decir, aquél en el que lo resuelto no se justifica en la parte motiva, a pesar de existir ella", que es precisamente lo que ocurre de manera parcial en la sentencia C-239/97.

En efecto, la motivación viene tratando de un alguien, una persona, un individuo que ayuda a un enfermo terminal a hacer uso de su opción, un sujeto activo cuya conducta justifican. Sin embargo, en un salto conceptual, en la parte resolutive de la sentencia se restringe al médico, por una razón que no sólo es aplicable a él. Seguidamente, en forma infundada "el alguien" vuelve a restringirse "al médico" cuando se da una directriz al juez para actuar, mientras el legislador regula la muerte digna, y en la parte resolutive se menciona en el numeral primero al "médico actor".

Estos virajes conceptuales serían irrelevantes si se tratase de algo accesorio, pero en este caso, la conducta que se examina en la sentencia C-239/97 es la de ese "alguien" o la del "médico".

De otra parte, sostienen que los considerandos de la sentencia avalan la decisión de un enfermo terminal de quitarse la vida -el suicidio en determinadas circunstancias-, mas no la conducta antijurídica de un tercero -a veces el médico- de acceder a la petición de aquél, es decir, "los considerandos de la sentencia C-239/97 que pretenden justificar la condicionalidad impuesta a la declaratoria de exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, serían pertinentes para una decisión sobre el suicidio, mas no para el caso sub-examine". Continúan diciendo que el Magistrado Ponente que acepta redactar el nuevo proyecto que ha de contener la tesis mayoritaria, debe hacerlo con el eje temático adoptado por la Corte y no incorporar simplemente una serie de palabras o frases que pueden resultar inconexas o contradictorias con el resto del fallo. "Cuando esto último sucede la sentencia termina no sólo siendo disconforme con la integridad de lo decidido en la Sala de un juez plural, sino que se vuelve internamente incongruente, de forma tal, que una parte de lo decidido queda sin justificación y motivaciones -incluso principales- terminan no fundando ninguna decisión (sic)". Estas irregularidades violan el debido proceso y atentan contra el Estado social de derecho.

1.5.4 Error del juez en la decisión sobre una cualidad esencial. Después de transcribir los artículos 9 y 14 inciso primero, del decreto 2067/91 y los artículos 14-1-3-4-5, 34 inciso 2 y 35 inciso segundo, del Reglamento Interno de la Corte, concluyen los accionantes que "el juicio de constitucionalidad está compuesto de dos elementos : uno cognocistivo integrado, tanto por la advertencia o conocimiento del acto (estudio del proyecto de fallo), como por la deliberación o consideración sobre el pro y el contra de los motivos de la decisión, sobre su procedencia (deliberación en sala)- ; otro volitivo que consiste en la decisión querida por los Magistrados (votación en sala)."

La decisión sobre un proyecto de fallo en la Sala Plena de la Corte se toma mediante el consentimiento expresado por los Magistrados -asintiendo o negando-. Dicho consentimiento puede adolecer de vicios, como el error, la fuerza o el dolo. Estos dos últimos de muy difícil ocurrencia dada la independencia de los jueces y probidad de los sujetos procesales. No ocurre lo mismo con el error (inexcusable, jurisdiccional, matemático etc.). El Reglamento de la Corte tiene presente la posibilidad de error del Magistrado al votar, "cuando precisa que la manifestación externa debe ser inequívoca, esto es, carente de equivocación."

Con la aclaración de que lo que sigue es parcialmente excluyente de lo consignado en el punto anterior, proceden a precisar la clase de error que, en su criterio, se presentó en la Sala Plena al decidir el condicionamiento impuesto a la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, advirtiendo que no se trata de un error de derecho, sino de un error de hecho "sobre la calidad esencial del objeto votado. En paráfrasis, podría decirse que el error de hecho vicia el consentimiento de un Magistrado -y, por ende, de la Corte o Tribunal- cuando la calidad esencial de la proposición sometida a votación, es diversa de lo que se cree; como si uno de los Magistrados supone que está sometida a votación la propuesta sustitutiva, y realmente lo sometido a votación es la propuesta original. Por nuestra parte, esta

clase de error de hecho es la única explicación adecuada para comprender la divergencia que acusa la sentencia C-239/97." Este error en la votación es sostenido por dos magistrados que tenían posiciones diferentes frente al tema y corroborado por la Secretaria General en la certificación expedida.

Concluyen este punto diciendo que "cualquiera sea la equivocación que haya sucedido, es manifiesto que el juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, al adoptar una decisión sobre las circunstancias a las cuales se condicionaba la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal, adoleció de un grave vicio de error sobre la identidad y singularidad de lo sometido a votación. No se ha planteado en este acápite si la decisión consignada en la sentencia C-239/97 es correcta o errónea en derecho, sino si la Sala Plena obró con claridad o se equivocó sobre un esencial asunto de hecho -la moción sometida a votación- al momento de fallar."

1.5.5 Elementos probatorios aducidos. Dicen los peticionarios que, dada la singularidad de este incidente de nulidad, la mayor parte de lo afirmado son hechos notorios, por lo menos así debe entender una Corporación de Justicia lo que acontece en su Sala Plena, lo que se contiene en las actas de aquélla, lo que declaran públicamente sus miembros a los medios de comunicación, lo que se manifiesta en sus sentencias -incluidas las aclaraciones, los salvamentos de voto, y los documentos transcritos en unas y otros-. Por tanto, en el incidente sub-judice, la inmensa mayoría de hechos mencionados, no requiere prueba."

Sin embargo, a renglón seguido expresan : "Pero la singularidad del presente caso no se limita a los hechos notorios, sino que se extiende a la circunstancia de ser los propios magistrados -aquellos que decidirán el incidente en que tienen evidente interés- quienes son los testigos principales de lo realmente acontecido en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997 y lo acaecido posteriormente sobre esta cuestión, consideración que, en alguna medida, es predicable de la Secretaria General de la Corte Constitucional y de los Magistrados Auxiliares. Se tiene plena confianza de que el Magistrado Sustanciador, para administrar recta y cumplida justicia, decretará las pruebas de oficio conducentes en relación con esta circunstancia, puesto que en su calidad de Magistrado Ponente de la Sentencia C-239/97 ha de ser el más interesado en despejar la sombra de duda que actualmente existe sobre esa providencia."

En razón de lo argumentado solicitan:

"Primero. Admitir el presente escrito, por su pertinencia para una decisión justa en el incidente de nulidad presentado en el proceso No. D-1490."

"Segundo. Declarar nulo el proceso No. D-1490 en la etapa de decisión, suscripción y elaboración de la sentencia, la cual ha sido radicada bajo el No. 239/97, en consideración a las irregularidades cometidas, de las cuales se dio cuenta en el presente memorial, que implican violación al debido proceso."

1.6 El día 24 de junio de 1997 la Secretaria General envió al despacho del Magistrado Ponente el fax suscrito por el señor Juan Carlos Rodríguez Vall-Serra, en el que solicita "decretar la nulidad de la sentencia proferida en Sala Plena que da vía libre a la aplicación de la EUTANASIA en Colombia, (sic) pues a mi juicio

además de ser violatoria del artículo 11 de la Constitución Nacional, constituye un grave atentado contra los principios más caros de la nacionalidad colombiana. Pretender enmarcar la eutanasia dentro de las causales de justificación de los hechos punibles constituye en nuestro entender, una grave distorsión en la interpretación jurídica del texto legal que contraría abiertamente la voluntad del legislador."

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

II.1 Competencia

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 49 del decreto 2067 de 1991, compete a la Sala Plena de la Corte tramitar y decidir los incidentes de nulidad que se promuevan dentro de los procesos que se sigan ante ella.

II.2 Carácter excepcional de la nulidad en procesos constitucionales.

Esta Corporación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 49 del decreto 2067 de 1991, ha venido admitiendo solicitudes de nulidad de procesos de constitucionalidad, no sólo por actuaciones o hechos ocurridos antes de dictarse el fallo sino también por irregularidades en la sentencia misma, siempre y cuando éstas impliquen violación del debido proceso. La Sala Plena, ha dicho la Corte, tiene "el deber de declarar las nulidades que se presenten en cualquier etapa del proceso. Y la sentencia es una de ellas."

También ha dejado en claro que "no puede concebirse la nulidad como un recurso contra todas sus sentencias, pues bien, se sabe que el artículo 243 de la Constitución les confiere la fuerza de la cosa juzgada constitucional y que, por su parte, el artículo 49 del decreto 2067 de 1991 establece de modo perentorio que 'contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno'".

Por otra parte, se ha referido expresamente a las irregularidades que pueden dar lugar a la declaración de nulidad, advirtiendo que son sólo aquellas "violaciones ostensibles y probadas del artículo 29 de la Constitución Política. Se trata de situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar."

Con fundamento en estos parámetros procede la Corte a estudiar las solicitudes de nulidad impetradas.

II.3 Las peticiones de nulidad

Dado que las solicitudes suscritas por el Presidente y la Secretaria General de "CETRAC" y la del ciudadano Juan Carlos Rodríguez Val-Serra, las cuales se

transcribieron en su integridad en el acápite de antecedentes, no reúnen los requisitos mínimos indispensables para que esta Corporación pueda proceder a su estudio, puesto que omitieron señalar cuáles hechos o actuaciones de las adelantadas por la Corte dentro del expediente D-1490, vulneran el debido proceso, única causa que puede dar lugar a la nulidad de procesos de constitucionalidad, ni las pruebas que demuestran tales sucesos, la Corte, ante estas circunstancias, las rechazará de plano.

II.4 La intervención ciudadana en incidentes de nulidad

Siendo la acción pública de inconstitucionalidad un derecho político concedido a todos los ciudadanos con el fin de resguardar el orden constitucional, el Constituyente permite en esta clase de procesos la intervención de todos aquellos ciudadanos que quieran actuar como impugnadores o defensores de las normas sometidas al juicio de la Corte, incluídos los procesos en los que no se requiere dicha acción, es decir, aquellos en que esta Corporación ejerce el control automático u oficioso de constitucionalidad.

Dicha participación está consagrada en el artículo 242-1 del Estatuto Superior, en estos términos: "Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública". La intervención es entonces un derecho que tiene todo ciudadano interesado en la defensa del orden jurídico, para actuar como impugnador o coadyuvante en los procesos constitucionales.

Al no existir disposición constitucional ni legal que impida o limite la intervención, hay que aceptar que ésta se extiende a todas aquellas actuaciones que se surtan en el proceso, inclusive las que puedan surgir con posterioridad a la decisión que le pone fin, como serían, por ejemplo, los incidentes de nulidad por cuestiones relacionadas con irregularidades en su trámite, o pretermisión del procedimiento que los rige. Esta la razón para admitir la coadyuvancia presentada por los ciudadanos Ilva Myriam Hoyos y Andrés Bernardo Arango en este incidente.

II.5 Cinco días después que el magistrado ponente avocara el conocimiento del asunto, los coadyuvantes presentaron otro memorial, según ellos, "relativo a la fundamentación de la nulidad alegada en el proceso D-1490 y a los elementos probatorios", el que resulta extemporáneo, pues la oportunidad procesal para hacerlo ya había precluído y, en consecuencia, lo que procedería sería su inadmisión. Sin embargo, la Corte, obrando con la mayor amplitud, lo tendrá en cuenta en su pronunciamiento, dando aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial, pues es ella la más interesada en hacer claridad sobre los hechos y actuaciones a que alude la petición de nulidad.

II.6 Fundamentos de la nulidad del proceso D-1490

En el caso que hoy se somete a la consideración de la Corte, la petición de nulidad del proceso D-1490 en el que se analizó la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano José Eurípides Parra Parra contra el artículo 326 del Código Penal, se fundamenta básicamente en un solo hecho, si bien son múltiples

las circunstancias que -a juicio de los intervinientes- concurren a probarlo: que la decisión aprobada por esta Corporación en la Sala Plena celebrada el 20 de mayo de 1997, es diferente a la que aparece en la sentencia C-239/97. Para resolver esta acusación, la Corte se referirá a cada uno de los puntos invocados por los accionantes, pero antes debe hacer algunas anotaciones previas.

En primer término, advierte la Corporación que tanto en la solicitud del Arzobispo Alberto Giraldo Jaramillo como en el primer escrito de coadyuvancia, se acude, para demostrar la presunta irregularidad denunciada, a informaciones de prensa aparecidas en los diarios El Tiempo y El Espectador del mes de junio de 1997, en las que se alude a declaraciones hechas por algunos Magistrados, en especial de lo afirmado por el Magistrado que presentó aclaración "especial" de voto. Las informaciones de prensa no son prueba idónea para demostrar sucesos acaecidos dentro de un proceso. Pues si bien es cierto que conforme al artículo 20 de la Constitución los periodistas tienen la obligación de suministrar "información veraz e imparcial", este solo hecho no es suficiente para comprobar que lo publicado en un medio de comunicación, en este caso escrito, se ajuste a la realidad y, por ende, su contenido sea verdadero. Son otros los elementos probatorios a los que debe acudir para establecer la verdad y objetividad de tales informes.

Los documentos que pueden constituir prueba idónea para demostrar las presuntas irregularidades en el trámite de cualquier proceso adelantado por esta Corte, son las mismas actuaciones proferidas por ella, que lo conforman, y que permitirían establecer los actos u omisiones en que se ha podido incurrir en su diligenciamiento.

II.6.1 Trámite de los procesos de constitucionalidad

El procedimiento que rige los procesos constitucionales está contemplado en distintos ordenamientos, a saber: la Constitución (arts. 241 y ss), la ley 270/96 estatutaria de la Administración de Justicia, el decreto 2067 de 1991 y el Reglamento Interno de la Corte (Acuerdo No. 5 de 1992). Para el caso a estudio, únicamente se referirá la Corte a los procesos que pudiéramos denominar ordinarios, esto es, a los que se inician a petición ciudadana, pues a él pertenece el que es objeto de este incidente.

El proceso constitucional ordinario, como ya se anotó, se inicia con la demanda, la cual debe presentarse en forma personal por el demandante o con nota de que tal presentación se hizo. Una vez recibida en la Secretaría General, se procede a incluirla dentro del programa de trabajo y reparto de la Sala Plena de la Corte, quien por intermedio de su Presidente efectúa el reparto correspondiente entre todos los magistrados. El Magistrado a quien se le asigne el negocio tiene diez (10) días para admitir o inadmitir la demanda. En caso de inadmisión, que generalmente ocurre por inobservancia de los requisitos formales establecidos en el artículo 2o. del decreto 2067/91, se le concede un término de tres días al actor para que la corrija en el sentido indicado en el auto respectivo. Si el demandante no cumple lo ordenado en el auto, la demanda se rechaza.

El rechazo de la demanda también ocurre cuando sobre la norma acusada existe cosa juzgada o la Corte es incompetente para pronunciarse sobre ella.

Si la demanda es admitida se ordena fijar en lista el negocio por el término de diez (10) días, en la Secretaría General de la Corporación, para efectos de permitir la intervención ciudadana. Y en forma simultánea se envía copia del expediente al Procurador General de la Nación para que emita su concepto, dentro del término de treinta (30) días. Recibido éste, pasa el negocio al despacho del Magistrado Ponente para que proyecte la sentencia correspondiente, en un plazo de treinta (30) días, período dentro del cual debe registrar el proyecto en la Secretaría General de la Corte, para su estudio por la Sala Plena, la que tiene un término de sesenta días contados a partir del registro del proyecto, para decidir.

Antes que se lleve a cabo la Sala Plena en la que se debe estudiar un determinado proceso, la Secretaría General de la Corte envía copia del proyecto de fallo registrado por el Ponente a cada uno de los Magistrados, con el fin de que tengan tiempo suficiente para su análisis.

La sentencia aprobada por la Sala Plena se notifica por medio de edicto, y se procede al envío de copias a las autoridades respectivas, y a la publicación en la Gaceta de la Corte Constitucional. Luego se archiva el expediente.

II.6.2 Trámite del proceso D-1490, materia de debate

De acuerdo con la certificación expedida por la Secretaria General de esta Corporación, que obra a folios 33 a 35 del expediente, el proceso D-1490, objeto del incidente de nulidad, surtió el siguiente trámite:

- La demanda fue radicada en la Secretaría General de la Corte el 8 de octubre de 1996.
- El reparto se efectuó en la Sala Plena del 10 de octubre de 1997, correspondiéndole al Magistrado Carlos Gaviria Díaz.
- El 15 de octubre de 1996 se recibió en el despacho del Magistrado Sustanciador.
- El 25 de octubre de 1996 el Magistrado Ponente dictó un auto en el que admitió la demanda, ordenó el traslado del negocio al Procurador y el envío de las comunicaciones a las personas que allí se enuncian.
- La fijación en lista y el traslado del expediente al Procurador para emitir concepto, se realizaron el 28 de octubre de 1996.
- El 11 de diciembre de 1996 ingresó el expediente al despacho del Magistrado Ponente para elaborar y registrar el correspondiente proyecto de fallo, cuyo término vencía el 17 de febrero de 1997, fecha en la que se produjo el citado registro.
- El 20 de mayo de 1997 la Sala Plena de la Corte expidió la sentencia. No. C-239/97 con la que concluyó el proceso, la cual fue notificada por edicto.

Como se puede observar, los términos fijados en la Constitución y la ley fueron respetados, y los pasos o etapas estatuidos para esta clase de procesos se cumplieron a cabalidad.

II.6.3 El estudio del proceso en la Sala Plena

El proceso D-1490 fue estudiado por la Sala Plena en dos sesiones que se celebraron así: una, el jueves 15 de mayo y la otra el martes 20 de mayo de 1997, y

a ellas asistieron todos los Magistrados que conforman la Corte Constitucional, tal como se lee en la certificación que aparece en el expediente a folio 33.

En la primera sesión se presentó, por parte del ponente, el proyecto de fallo correspondiente, en cuya parte resolutive proponía declarar exequible el artículo 326 del Código Penal, con la advertencia de que en el caso de que mediara el consentimiento del sujeto pasivo del acto, no podía derivarse responsabilidad para el autor del homicidio. El consentimiento, en consecuencia, traía consigo una causal de justificación del hecho.

Igualmente, proponía declarar exequible el artículo 327 del mismo Código Penal, en el entendido de que también en este caso el consentimiento implicaba la justificación de quien "ayuda al suicidio".

Después que el ponente expuso sus argumentaciones con respecto al caso sometido al juicio de la Corte, se inició el debate. El magistrado Vladimiro Naranjo Mesa intervino para pedir la "rotación" del proceso, pues, a su juicio, debido a la importancia y trascendencia del asunto -"se trata nada más ni nada menos que de legalizar la eutanasia"- y la decisión que se habría de adoptar, era necesaria una mayor reflexión y estudio sobre el tema. El presidente de la Corporación, concedió la rotación pedida, anunciando desde ya su voto afirmativo al proyecto presentado. En consecuencia, se procedió a suspender la discusión, tal como lo ordena el Reglamento Interno en su artículo 34-5, la que debía continuar en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997.

En el curso del debate, y como resultado de éste, se modificó la propuesta hecha por el ponente, en los términos que más adelante se explican.

II.6.4 Adopción de decisiones en Sala Plena (quórum, votación, mayoría).

Para efectos de la deliberación y decisión de los procesos constitucionales por parte de la Sala Plena de la Corte, la ley estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 54, exige la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación. Dice así dicha disposición: "Todas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección...".

Dado que el legislador no exigió una mayoría calificada, ha de entenderse que ésta es la mayoría simple, es decir, cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integran la Corte.

De acuerdo con la certificación expedida por la Secretaria General tantas veces citada, a las sesiones en las que se discutió y aprobó el proceso D-1490, asistieron todos los magistrados que integran la Corte Constitucional.

Como el actor cifraba su argumento de inconstitucionalidad del artículo 326 del Código Penal, en la rebaja muy significativa de pena contemplada en él para el homicidio piadoso, se procedió a considerar las razones expuestas en el proyecto de fallo para rechazar el cargo, las cuales fueron aprobadas por unanimidad.

Luego entró a discutirse la propuesta sustentada en la ponencia, de declarar justificada la conducta del sujeto activo (en la hipótesis del homicidio piadoso) cuando mediara el consentimiento del sujeto pasivo. Como dicha propuesta incluía la extensión de la causal justificativa a la hipótesis de la ayuda al suicidio, contemplada en el artículo 327 del Código Penal, esta última fue rechazada por la mayoría de los magistrados, anunciando los magistrados Arango y Gaviria que, como consideraban más congruente la propuesta contenida en la ponencia, harían, en ese sentido, una aclaración de voto.

Así mismo, el magistrado Cifuentes propuso restringir la causal justificativa al caso de los enfermos terminales (restricción que no hace el artículo 326 del Código penal, para la rebaja de pena), propuesta que, no obstante, las objeciones hechas por el ponente, fue también acogida mayoritariamente.

En consecuencia, el mismo magistrado Cifuentes presentó una propuesta sustitutiva a la del proyecto original, en el sentido de que la declaración de exequibilidad del artículo 326, se hacía en los términos finalmente acordados mayoritariamente, propuesta que el propio magistrado ponente no tuvo inconveniente en acoger, conforme al sentir mayoritario.

El resultado de la votación de la propuesta fue de seis votos a favor, por parte de los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz y tres votos en contra que corresponden a los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo, como el texto de lo aprobado es objeto de impugnación por parte de los accionantes en este incidente, la Corte se referirá a él más adelante en el capítulo destinado a analizar en detalle los cargos formulados.

II.6.5 Firma y fecha de las sentencias

El artículo 56 de la ley estatutaria de la Administración de Justicia autoriza a las Corporaciones Judiciales para que en el Reglamento Interno determinen la forma como serán expedidas y firmadas las providencias que dicten. También deberán señalar un término perentorio para que los Magistrados que disientan de las decisiones adoptadas por la mayoría, presenten las aclaraciones o los salvamentos de voto correspondientes, "sin perjuicio de la publicación de la sentencia. La sentencia tendrá la fecha en que se adopte".

El Reglamento Interno de la Corte consagra en su artículo 34-9 lo siguiente. "Cuando el proyecto o estudio obtenga la mayoría legal de los votos de los magistrados, a cada uno de los demás se concederá el plazo fijado en el decreto 2067 de 1991 para aclarar o salvar su voto...". El ordenamiento al que remite, establece en el artículo 14 inciso 2o. un plazo de cinco (5) días.

En lo que respecta a la firma de las sentencias aprobadas por la Sala Plena, no existe disposición en el Reglamento Interno que se refiera al tema; sin embargo, la Corporación lo ha venido realizando así: en primer lugar, el ponente es quien debe estampar su firma luego lo hace el Presidente de la Corte, y después cada uno de

los magistrados. Cuando alguno de los magistrados disiente en todo o en parte de la decisión mayoritaria procede a firmarla junto con la expresión "con aclaración de voto", o "con salvamento de voto", según el caso.

La firma de las sentencias por parte de los magistrados es requisito indispensable para su validez, pues con ella dan fe de que su contenido corresponde a lo decidido y aprobado en Sala Plena. Tales providencias requieren de la firma de todos los magistrados que concurrieron a la sesión en la que se tomó la determinación correspondiente, aun de aquellos que hayan disentido total o parcialmente. Los disidentes deben salvar o aclarar su voto dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la providencia, pero su retardo no impide la publicación de la misma, como lo ordena la norma estatutaria primeramente citada.

La sentencia C-239/97 fue suscrita por todos los Magistrados de la Corte, dejando los magistrados disidentes la anotación clara y expresa de su aclaración o salvamento de voto.

La fecha de la sentencia es la que corresponde a la Sala Plena en la que se votó el proyecto de fallo, hecho que tuvo ocurrencia el día 20 de mayo de 1997. (art. 56 ley estatutaria de la Administración de Justicia)

II.6.6 Divulgación de las decisiones de la Sala Plena y publicación de la sentencia

El Presidente de la Corte Constitucional es el vocero oficial de la entidad y, como tal, el único magistrado autorizado para informar oficialmente sobre los asuntos decididos por la Sala Plena (art. 9-c Reglamento Interno). Este precepto guarda perfecta armonía con el artículo 64 de la ley estatutaria de la Administración de Justicia, que en lo pertinente reza: "Tratándose de Corporaciones Judiciales, las decisiones serán divulgadas por conducto de sus presidentes."

Así las cosas, la divulgación de lo resuelto por la Sala Plena de la Corte en su sesión del 20 de mayo de 1997, con relación al proceso D-1490 por parte de su Presidente constituye un ejercicio legítimo de la función que al respecto le ha sido asignada.

Adviértase que el artículo 56 de la ley estatutaria de la Administración de Justicia, transcrito en el punto anterior, autoriza la publicación de la sentencia antes que los magistrados disidentes hayan salvado o aclarado su voto.

La publicación del texto oficial del fallo, en la Gaceta de la Corte Constitucional, debe ser íntegra y contener los respectivos salvamentos y aclaraciones de voto que se hayan presentado.

II.6.7 Las actas de la sala plena

Según lo ordena el Reglamento Interno de la Corte (art. 36), las actas de las sesiones de Sala Plena deben contener un resumen de todo lo acontecido en ellas. "De las exposiciones de los magistrados se hará otro tanto, si éstos lo exigen y las presentan por escrito".

Las actas de la Sala Plena son de acceso público según lo consagra el artículo 57 de la ley estatutaria de Administración de Justicia cuyo texto es éste : "También son de acceso público las actas de las sesiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, de las Salas y Secciones del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos y de las Salas de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales superiores de Distrito Judicial en las cuales consten los debates, actuaciones y decisiones judiciales adoptadas para propugnar por la integridad del orden jurídico, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo de carácter general y para la protección de los derechos e intereses colectivos frente a la omisión o acción de las autoridades públicas".

Al declarar exequible este precepto legal, advirtió la Corte que "el acceso público a las actas de las sesiones que se lleven a cabo en las corporaciones de que trata el artículo 57, deberá estar condicionado a su previa aprobación". De esta manera los integrantes de cada corporación tienen la oportunidad de revisar el contenido de tales documentos, "con el fin de verificar que en ellos se consigne adecuadamente su deliberación y la votación en cada debate." (sent. C-37/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). A partir de ese momento se convierten en documentos oficiales de acceso libre al público.

II.6.8 Obligatoriedad de la sentencia expedida por la Sala Plena en juicios de constitucionalidad

Toda sentencia dictada por esta Corporación, dentro de los procesos de constitucionalidad, firmada por los Magistrados y debidamente ejecutoriada, es obligatoria y produce efectos erga omnes. Este carácter definitivo e inmodificable de la sentencia se deriva de la cosa juzgada material que se produce de conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 del Estatuto Supremo, salvo que la misma Corporación deje expresa constancia de la existencia de cosa juzgada relativa.

III. Los hechos que se aducen como irregulares

En el mismo orden propuesto por los accionantes se pronunciará la Corte:

III.1 Que la reunión de los Magistrados celebrada el 29 de mayo de 1997 para "verificar los términos de la sentencia", se celebró fuera del marco jurídico, contrariándolo, y se modificó la decisión tomada por la Sala Plena el 20 de mayo de 1997. Al respecto, debe considerar la Corporación lo que sigue:

Como bien lo afirman los accionantes, el Reglamento Interno de la Corte en su artículo 24, ordena que las sesiones de la Sala Plena se celebren previa convocatoria. Dichas sesiones pueden ser ordinarias o extraordinarias. Las primeras se efectúan generalmente los días jueves de cada semana a las nueve de la mañana o el día que para el efecto decida la Sala Plena. Las segundas se realizan a iniciativa del Presidente de la Corte o, en su ausencia, del Vicepresidente, o cuando lo soliciten por lo menos dos magistrados, siempre que se indique el objeto de la reunión.

La convocación se hace generalmente por escrito en el que se indican el lugar, la hora y el objeto de la sesión. En caso de urgencia, se autoriza para citar a los magistrados en forma verbal, de lo cual se debe dejar testimonio en el acta.

Igualmente, se establece que "No serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido debidamente convocados los magistrados, salvo que, hallándose todos presentes, acuerden sesionar."

La reunión que con posterioridad a la sala plena del 20 de mayo de 1997, se celebró por parte de los magistrados que votaron a favor de la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Código Penal, en los términos expuestos atrás, (Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz) no requería de convocación pues no se trataba de una sesión de la Sala Plena sino de una reunión informal que decidieron hacer los magistrados del grupo mayoritario, básicamente por dos razones : Primera, porque el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz había elaborado un escrito que, según él, debería incorporarse a la parte motiva de la sentencia, en el que planteaba una tesis antitética a la ya aprobada por la Sala Plena, pues aludía a que nunca el consentimiento del sujeto pasivo tenía relevancia, como justificativo de la conducta del sujeto activo ; y segunda, porque dadas las modificaciones hechas por la Sala Plena, era necesario verificar entre quienes aprobaron la ponencia, los términos en que ésta quedaría redactada, y si era necesario exponer con mayor claridad los argumentos de la parte motiva que condujeron a adoptarla. Actuación que no vulnera el artículo 29 del estatuto superior, pues además de que el proceso ya había concluído con la decisión adoptada en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997, la cual tiene el carácter de definitiva y, por ende, obligatoria y con efectos erga omnes, nada impide que los magistrados que comparten una decisión evalúen la redacción final, con el propósito de que ella quede plasmada de la manera más nítida y sea el fiel reflejo de lo que fue discutido y aprobado. Tal comportamiento en lugar de ser reprochable es saludable, especialmente cuando se trata de asuntos en los que la propuesta inicial ha sufrido variaciones durante el debate. Así lo atestigua una práctica frecuente dentro de la Corporación, que jamás ha sido cuestionada, pues sus objetivos, tal como queda dicho, son saludables y plausibles y no contravienen regla jurídica alguna. La aludida reunión, entonces, no afecta en nada el debido proceso.

Como en dicha reunión informal no se alteró la decisión tomada por la sala plena, sino que, al contrario, se verificó que ésta era incompatible con el texto presentado por el magistrado Cifuentes, no asiste razón al promotor del incidente ni a los coadyuvantes en el primer argumento esgrimido contra el fallo. Sin embargo, sobre este punto específico, nodal dentro de la argumentación de los actores, se hará mayor claridad en el aparte siguiente.

III.2 En criterio de los accionantes, hay disconformidad entre la decisión que aparece consignada en la sentencia C-239/97 y la aprobada en la Sala Plena del 20 de mayo de 1997, como también grave contradicción entre la parte motiva y la resolutive del fallo. No comparte la Corte el punto de los incidentalistas por las siguientes razones:

III.2.1 En el proyecto de fallo que presentó el magistrado ponente a la Sala Plena para su estudio dentro del proceso D-1490 que, como en párrafos anteriores se

anotó, tuvo lugar en dos sesiones, se proponía declarar exequible el artículo 326 del Código Penal, con la advertencia de que en el caso de que mediara el consentimiento del sujeto pasivo del acto, no podría derivarse responsabilidad penal para el autor del homicidio. El consentimiento, en consecuencia, traía consigo una causal de justificación del hecho.

Igualmente, proponía -como se expuso atrás- declarar exequible la ayuda al suicidio contemplada en el artículo 327 del mismo Código Penal, en el entendido de que también en este caso el consentimiento implicaba la justificación de la conducta del sujeto activo.

En la Sala Plena del 20 de mayo de 1997, después de concluido el debate, se decidió por la mayoría (6 votos contra 3), modificar el proyecto en este sentido: 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 podía derivarse responsabilidad para el sujeto activo, pues la conducta quedaba justificada. Y se negó la propuesta en relación con el artículo 327, pues se determinó no hacer pronunciamiento alguno sobre él.

III.2.2 Alegan los promotores del incidente que la parte resolutive aprobada fue la que presentó, como proposición sustitutiva, el magistrado Eduardo Cifuentes y no la que finalmente apareció en el fallo, que diverge esencialmente de aquélla. Sobre este punto es necesario hacer claridad.

La propuesta del magistrado Cifuentes aprobada como parte resolutive ("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") - subraya la Corte- sólo tiene sentido si se vincula con las razones aprobadas en la parte considerativa, pues fue allí donde se indicaron "los expresos términos" y "las estrictas condiciones" bajo las cuales se justificaba el comportamiento del sujeto activo. Y es, justamente en ese punto, donde radica la discrepancia entre los magistrados Cifuentes y Naranjo, de una parte, y los magistrados restantes, de la otra, incluidos allí algunos de los que no compartieron la decisión final.

Habría sido esencialmente distinta la decisión plasmada en el documento contentivo del fallo, de la tomada en la sesión de mayo 20, si se hubieran incorporado a la parte considerativa los argumentos contenidos en el escrito repartido a posteriori por el magistrado Cifuentes (el lunes siguiente a la fecha de la sesión), que precisamente fueron rechazados por los cinco magistrados restantes de la mayoría, en la reunión informal que tuvo lugar en la presidencia de la Corte, con los propósitos que más atrás quedaron consignados.

En efecto, allí, al examinar los términos en que debería plasmarse la decisión ya tomada, para que no hubiera lugar a equívocos, todos los magistrados distintos al doctor Cifuentes consideraron que aceptar las razones que éste había consignado en su escrito, equivaldría a contradecir de manera flagrante la decisión ya tomada. Porque, justamente, el punto central debatido en la sesión del 20 de mayo había sido la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo (para que se pusiera término

a su vida, en la hipótesis ya referida) con la consiguiente justificación de la conducta del sujeto activo. Y era esto lo que la mayoría de la Corte, consciente de lo que hacía, había apoyado con su voto.

III.2.3 En lo atinente a la incongruencia aducida por los incidentalistas, entre la parte motiva y la parte resolutive del fallo, su argumento se desdobra en dos cargos, a saber: 1) Si lo que se aprobó fue la propuesta del magistrado Cifuentes, de ella no podía desprenderse el consentimiento del sujeto pasivo como factor excluyente de la responsabilidad penal del actor. 2) Si en la parte motiva se habla de "alguien" que actúa (es decir, cualquier persona) no puede contraerse, en la parte resolutive, la causal excluyente de responsabilidad penal a un sujeto específico: el médico. Pasa la Corte a referirse a ambos cargos, en el mismo orden en que se han expuesto.

1) Parten los actores de una premisa equivocada al asumir que la Sala desechó el consentimiento del sujeto pasivo como causal justificativa del hecho. Porque lo que ocurrió fue justamente lo contrario: acogió explícitamente esa causal justificativa, "en los expresos términos y bajo las estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia."

Salvo los magistrados Cifuentes y Naranjo, todos los demás fueron conscientes de que era eso, y no otra cosa, lo que se votaba. Por eso ratificaron con sus firmas el documento que materializa la decisión, y lo reiteraron en la Sala del 12 de junio.

2) La restricción hecha en la parte resolutive respecto del sujeto activo del homicidio piadoso, tiene también una clara explicación. Al exhortar al Congreso para que se ocupara de hacer una completa regulación de la muerte digna, era consciente la Corte de cuán importante y sensible era el asunto que estaba tratando y de que en ejercicio de las funciones que a ella incumben no podía sustituir al legislador. Sólo podía, ejerciendo su competencia del modo más responsable y cuidadoso, limitar el campo donde ha de actuar luego el juez penal, en dos temas singularmente delicados, atinente uno al sujeto pasivo y otro al sujeto activo.

En el primer caso, y justamente acogiendo una propuesta del magistrado Cifuentes, decidió que, entre las distintas categorías de personas sometidas a intensos padecimientos originados en una enfermedad incurable, sólo fuera legítima la acción, cuando recayera sobre enfermos terminales.

En cuanto al segundo, juzgó adecuado cualificar al máximo a la persona que hiciera las veces del sujeto activo, y por eso contrajo la causal justificativa al médico. Por qué tal cualificación, que no aparece explícitamente en la proposición aprobada, se incorporó a la parte resolutive del fallo, se explicará a continuación, a propósito del tercer cargo formulado por los intervinientes.

III.2.4 La exhortación hecha 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", tiene dos objetivos:

1. El que se desvanezca, mediante una regulación pormenorizada, en materia de tanta monta, todo asomo de inseguridad jurídica, pues mientras esta legislación se produce, inevitablemente quedará librada al buen juicio del juez penal la apreciación

de muchas circunstancias particulares de las que sólo el legislador -y no la Corte- puede ocuparse.

2. Que el juez penal tome en consideración -sin que puedan asumirse como obligatorias- las indicaciones que, a título de ejemplo, dirige la Corte al Congreso. Ahora bien: como una de tales directrices se refiere a la cualificación del sujeto activo, la mayoría de los magistrados del grupo mayoritario (cinco de seis), juzgó que, dentro del espíritu de la decisión tomada, estaba incluida, sin duda, la restricción consistente en que sólo el sujeto calificado por excelencia -en este caso el médico- pudiera quedar comprendido por la justificación. Sobre el punto, fueron particularmente insistentes los magistrados Martínez y Morón, quienes manifestaron que, sin perjuicio de lo que el legislador pueda luego establecer, debía la Corte restringir la causal justificativa, obrando con la mayor cautela, al médico, como sujeto cualificado, en hipótesis como la examinada por la Corte, a propósito del homicidio piadoso. Al respecto, es oportuno traer a colación algunos apartes de la parte considerativa del fallo que, justamente, recogen la preocupación expuesta por los citados magistrados. Así, al referirse a la regulación de la muerte digna, dijo la Corte:

"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." (subraya la Sala)

Es claro entonces que sí aludió la Corte en la parte motiva a un sujeto activo cualificado y, por ende, que su inclusión expresa en la parte resolutive no comporta incongruencia alguna entre las dos partes de la sentencia, ni alteración de la decisión original.

III.3 El último cargo que formulan los accionantes consiste en señalar que hay error de hecho en cuanto a lo que fue sometido a votación en la sesión de la Sala Plena realizada el 20 de mayo de 1997, en relación con el proceso D-1490, porque los magistrados no tuvieron conocimiento pleno sobre lo que votaban, lo cual no requiere de prueba por ser un hecho notorio. No comparte la Corte este punto de vista, por estas razones:

Según la doctrina, el error de hecho tiene lugar cuando se da por cierto un hecho no probado o cuando se omite uno que sí lo está. Y para que tal error exista es indispensable que sea evidente, ostensible, protuberante y trascendente, es decir, que incida en la decisión finalmente tomada.

Ugo Rocco define el hecho notorio como aquél "que, por su general y pública divulgación, no puede ser ignorado por ninguno, o que debe ser conocido por todos". Para Eugenio Florián "es notorio un hecho que lo conoce la mayor parte de un pueblo, de una clase, de una categoría, de un cúmulo de personas."

Conforme a esa doctrina generalizada, hecho notorio es, pues, aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. No es este el caso de cuanto sucede en la Sala Plena de una Corporación, pues lo que allí ocurre sólo puede acreditarse mediante la correspondiente acta, debidamente aprobada, en la que se registre fielmente, la manera como ha transcurrido la sesión. Y ninguna prueba más concluyente de lo que los magistrados quisieron aprobar, y en efecto aprobaron, que la firma, responsablemente estampada en la sentencia por cada uno de ellos, no retirada ni condicionada por ninguno, excepción hecha de los magistrados Cifuentes y Naranjo y, antes bien, ratificada expresamente por los magistrados Martínez y Morón desde Ginebra, en donde se encontraban en misión oficial, y por el resto de los magistrados, en la sesión del 12 de junio, convocada por el presidente, justamente para ocuparse del tema que se viene tratando, a solicitud de cuatro magistrados (Cifuentes, Hernández, Herrera y Naranjo).

No existe entonces, el alegado error de hecho que aducen los actores.

Finalmente, encuentra la Corte que asiste la razón a los incidentalitas cuando afirman, obiter dictum, que los propios magistrados que deciden sobre la petición formulada tienen interés en la decisión. Tal afirmación es válida con respecto a cualquier decisión judicial, pues no es concebible que para un juez sea indiferente el acierto o desacierto de su fallo. Pero en el caso sub iudice, existe, además, sin duda alguna, un interés específico: aclarar definitivamente que la sentencia que suscribieron los magistrados, no es otra cosa que la materialización de lo que habían decidido en Sala. Tal interés es, desde luego, bien diferente al que toma en cuenta el legislador para configurar una causal de impedimento. Así se desprende de la doctrina y práctica reiteradas por la Corte.

No sobra aclarar a los actores que, por regla general, el mismo juez que conoce del proceso es quien decide los incidentes de nulidad que durante su tramitación se promuevan. Basta ver las normas correspondientes en materia civil y penal (arts.140 y ss. del C.P.C. y 304 y ss. del C.P.P.). Para los procesos de constitucionalidad que compete conocer a esta Corporación, existe norma expresa, -artículo 49 del decreto 2067 de 1991-, que atribuye a la Sala Plena tal función.

IV. Conclusiones

De lo que se deja expuesto, se desprenden, las siguientes conclusiones:

1. La decisión tomada mayoritariamente por la sala plena de la Corte en la sesión del 20 de mayo, es esencialmente igual a la que está consignada en la sentencia C-239/97.
2. Los magistrados que votaron afirmativamente tal decisión lo hicieron con plena conciencia de lo que votaron, así como la mayoría de los magistrados que salvaron su voto, sabían a cabalidad de qué decisión se apartaban.
3. Estamparon sus firmas en el fallo no en cumplimiento ciego de un rito, sino como ratificación (los unos) de lo que habían decidido y (unos y otros) de que esa

era la decisión adoptada. Tal afirmación desvirtúa de modo tajante el error de hecho alegado por los promotores del incidente y los coadyuvantes.

4. Existe completa armonía entre la parte resolutive del fallo y las razones que le sirvieron de fundamento, expuestas en la parte motiva, como puede verificarlo cualquier lector competente.

En razón de lo anotado, esta Corporación no encontrando violación alguna en el trámite del proceso materia de debate, no accede a decretar la nulidad impetrada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar las solicitudes de nulidad formuladas dentro de este proceso por el Presidente y la Secretaria General de "Cetrac" y por el ciudadano Juan Carlos Rodríguez Vall-Serra.

Segundo: No acceder a decretar la nulidad pedida por el Arzobispo de Medellín Alberto Giraldo Jaramillo, coadyuvada por los ciudadanos Ilva Myriam Hoyos Castañeda y Andrés Bernardo Arango Martínez, dentro del proceso D-1490.

Tercero: Notificar esta decisión a los peticionarios, informándoles que contra ella no procede recurso alguno.

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 AL AUTO 035/97

INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIA DE HOMICIDIO POR PIEDAD-
Recusados no pueden decidir sobre recusación

Consecuente con la posición adoptada por el suscrito cuando se rechazó el incidente de recusación propuesto, considero y sigo considerando, por las razones esbozadas en dicha oportunidad, que se encuentran consignadas en las respectivas actas de la Sala Plena, que si esta estimó que la recusación planteada abarcaba a todos sus Magistrados, no correspondía a estos decidir sobre su propia recusación y por ende, acerca del incidente de nulidad presentado contra la misma sentencia, sino a los Conjuces de la Corte Constitucional por razones subjetivas y de acuerdo a la interpretación de las normas examinadas en dicha oportunidad, consignadas en la ley estatutaria de la administración de justicia y en el reglamento de la Corporación.

Referencia: Solicitud de Nulidad de la sentencia No. C-239 de 1997.

Peticionario: Alberto Giraldo Jaramillo

Santa Fé de Bogotá, D.C., veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

El suscrito Magistrado formuló salvamento parcial de voto, en relación con la providencia de fecha 2 de octubre de 1997, por medio de la cual esta Corporación en decisión mayoritaria resolvió no acceder a decretar la nulidad de la sentencia No. C-239 de 1997, dentro del proceso D-1490, por los siguientes motivos:

1o.- Consecuente con la posición adoptada por el suscrito cuando se rechazó el incidente de recusación propuesto, considero y sigo considerando, por las razones esbozadas en dicha oportunidad, que se encuentran consignadas en las respectivas actas de la Sala Plena, que si esta estimó que la recusación planteada abarcaba a todos sus Magistrados, no correspondía a estos decidir sobre su propia recusación y por ende, acerca del incidente de nulidad presentado contra la misma sentencia, sino a los Conjuces de la Corte Constitucional por razones subjetivas y de acuerdo a la interpretación de las normas examinadas en dicha oportunidad, consignadas en la ley estatutaria de la administración de justicia y en el reglamento de la Corporación.

2o.- Como consta en el acta No. 20 correspondiente a la sesión del 20 de mayo de 1997, en la que se adoptó el fallo cuya nulidad se solicitó, aprobada por la Sala Plena de la Corporación, el Magistrado Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz presentó una propuesta sustitutiva en la cual se disponía en su parte resolutive que se declarara "exequible el 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 mi entender, y como lo expuse en anterior oportunidad, fue esta la propuesta, es decir la presentada por el Magistrado Cifuentes, la sometida a la consideración de la Plenaria de la Corte, la cual fue aprobada por seis (6) votos, decisión de la cual nos apartamos los doctores JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, VLADIMIRO

NARANJO MESA y el suscrito, por las razones consignadas en nuestros salvamentos de voto formulados en forma separada.

3o.- Lo anterior no obsta para que, frente a la discrepancia de pareceres, en relación con lo realmente aprobado, resalte que los Magistrados que adoptaron la decisión mayoritaria y le dieron la interpretación que estimaron pertinente en conciencia, actuaron igualmente con absoluta buena fe con respecto a lo acontecido en lo concerniente al pronunciamiento adoptado, al cual me someto.

Fecha ut supra,
HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

Salvamento de voto al auto 035/97

ENFERMO TERMINAL-Consentimiento no autoriza o justifica homicidio piadoso

La propuesta sustitutiva presentada, constituía la consecuencia lógica de las tesis que se expuso en las deliberaciones. De conformidad con estos planteamientos, el consentimiento del enfermo terminal no podía autorizar o justificar el homicidio piadoso, puesto que los únicos casos en los que el consentimiento del enfermo terminal podía tener relevancia penal de tipo exculpatorio, justificativo o de pérdida de tipicidad, se circunscribían a dos hipótesis: aplicación de medicinas paliativas y supresión de medios extraordinarios de prolongación artificial de la vida del paciente terminal, siempre que tal consentimiento se manifestara en los precisos y expresos términos señalados en la parte motiva de la sentencia.

Referencia: Solicitud De Nulidad De la Sentencia C-239/97

Peticionario: Alberto Giraldo Jaramillo

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Gaviria Diaz

Con todo respeto, nos permitimos presentar de manera sucinta los argumentos que sustentan nuestro salvamento de voto.

1. Según el artículo 243 de la C.P., “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Consta en el acta No 20 correspondiente a la sesión del 20 de mayo de 1997, en la que se adoptó el fallo, cuya nulidad se solicita, lo siguiente: “El magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ presentó entonces una propuesta sustitutiva, según la cual se dispone en esa parte resolutive, declarar exequible el 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. El Presidente sometió a votación la propuesta sustitutiva presentada por el magistrado CIFUENTES MUÑOZ, la cual fue aprobada con seis (6) votos”.

No obstante, el documento que recoge la sentencia contiene una parte resolutive distinta, como puede advertirse con base en su simple lectura: “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”.

De otro lado, “los expresos términos” y las “estrictas condiciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia”, a las que aludía la parte resolutive aprobada por la Sala plena, se convirtieron en el “documento-sentencia”, en puntos esenciales de una futura y eventual regulación de la materia por parte del Congreso, cuando lo que se pretendía era condicionar la PRESENTE SENTENCIA y no la FUTURA LEY.

2. La propuesta sustitutiva presentada por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, constituía la consecuencia lógica de las tesis que expuso en las deliberaciones. De conformidad con estos planteamientos, el consentimiento del enfermo terminal no podía autorizar o justificar el homicidio piadoso, puesto que los únicos casos en los que el consentimiento del enfermo terminal podía tener relevancia penal de tipo exculpativo, justificativo o de pérdida de tipicidad, se circunscribían a dos hipótesis: aplicación de medicinas paliativas y supresión de medios extraordinarios de prolongación artificial de la vida del paciente terminal, siempre que tal consentimiento se manifestara en los precisos y expresos términos señalados en la parte motiva de la sentencia. En el acta 20 se ha transcrito una síntesis de esta intervención, de la cual se extraen los siguientes párrafos:

“La decisión personal de morir - anotó - es distinta de la petición que se formula a otro para que la ejecute. Afirmó que lo que existe es un derecho a la muerte digna. El Estado debería regular de manera objetiva la circunstancia especial del paciente terminal, diferente del suicidio y del homicidio consentido. En el caso de la enfermedad mortal - opinó - la ley debería permitir que, por ejemplo, se administren al paciente medicamentos paliativos que alivien el dolor, que se quiten los apoyos técnicos, los medios extraordinarios que prolongan artificialmente la vida del enfermo terminal y que no afectan ni hacen daño a otro, eventos en los cuales puede sobrevenir la muerte del paciente, sin que por ello se configure un homicidio. La enfermedad - señaló - sería en últimas la causa del deceso.

El derecho a la vida - continuó el magistrado CIFUENTES MUÑOZ - es un derecho fundamental y un bien que debe proteger el Estado con todas las acciones preventivas y punitivas a su alcance. Así lo establece la Constitución en el preámbulo, artículos 2º, 11, 49, 95-2 y el conjunto de disposiciones que se dirigen a proteger la salud. Es la razón de ser del Estado - afirmó -. Si bien, el derecho a la vida implica una serie de opciones, éstas no pueden examinarse en el caso que nos ocupa, sólo desde el punto de vista de un sujeto, de su sólo ámbito personal, porque involucra a dos sujetos. Por eso, se diferencia de la situación del consumo de estupefacientes, en la cual la decisión incumbe sólo a la esfera íntima de un sujeto.

En ese orden de ideas, señaló que, en su concepto, el punto central por resolver en este caso, es la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad (autonomía personal) y la obligación del Estado (poder punitivo) de proteger la vida como un valor fundamental. Habría que decidir, si es posible excluir esas dos situaciones (aplicación de medicinas paliativas y supresión de medios extraordinarios de prolongación artificial de la vida del paciente terminal) de la sanción punitiva del Estado, con base en el respeto a la dignidad humana - vida digna - y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes que consagra la

Carta Política (arts. 1º y 12), puesto que para el Estado Social de Derecho no puede ser indiferente la calidad de vida de ese paciente.

En seguida, se refirió a la ley vigente en el Estado de Oregon, cuyo texto obtuvo vía internet. Observó que se trata de una legislación avanzada (regulación estatal de la que ha hablado), que comienza por dar una serie de definiciones que precisan los términos técnicos empleados y delimitan su campo de aplicación. Anotó, que esta ley establece una serie de requisitos y condiciones rigurosos que permiten que en ciertas circunstancias cese para el Estado el deber de proteger la vida, pero que no autorizan la utilización de medios dirigidos a causar la muerte (por ejemplo, una inyección letal). Para mayor ilustración de la Sala, procedió a dar lectura a apartes de esa ley.

Manifestó que contrario a lo que se afirma en la ponencia, con base en la Constitución, no se puede prohibir al Estado proteger la vida de las personas, de forma que sólo por excepción, la ley podría llegar a autorizar una exclusión de responsabilidad penal, como lo es el caso de una persona para quien, en una situación de suma gravedad (paciente terminal) la vida puede llegar a carecer de valor (ya no es vida digna). En este caso, consideró que, por tratarse de derechos fundamentales, es necesario que exista una regulación legal de orden estatutario que se restringiría a las dos hipótesis indicadas. En conclusión, presentó una propuesta sustitutiva según la cual, se excluiría de la norma demandada, estas situaciones, además de señalarse en la parte motiva del fallo, los criterios y condiciones que debe tener en cuenta el legislador, para esa regulación”.

3. En lo que tiene que ver con la mayoría integrada por seis magistrados, es importante destacar que el magistrado ponente no replicó los argumentos señalados en el punto anterior. Por su parte, el Magistrado Antonio Barrera Carbonell destacó que las posiciones de los magistrados Gaviria y Cifuentes eran conciliables. Finalmente, los magistrados Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, acogieron en lo esencial los planteamientos del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, tal y como éste lo puso de presente en una sesión posterior de la que da cuenta el acta 23, que en la parte pertinente se transcribe:

“Tan claro fue en su exposición - afirmó - y tanto influyó en las exposiciones siguientes, que el magistrado FABIO MORON DIAZ recogió el alma de esa exposición en los siguientes términos: dijo que debía tratarse de casos verdaderamente graves, porque analizó las distintas hipótesis del artículo que se estaba examinando; señaló que debe ser el enfermo terminal; indicó que en Colombia está prohibida la pena de muerte y que por lo tanto no puede privatizarse y, ahí se estaba entrando en el centro de la cuestión; consideró igualmente que debían establecerse cautelas en la sentencia, entre ellas, las que él había referido tratándose de la ley del Estado de Oregon. En seguida, preguntó a la doctora Martha SÁCHICA si los apuntes que tiene sobre la exposición del doctor Fabio Morón, que no está aquí presente, que de estarlo confrontaría con él lo que estaba diciendo, si se refirió o no a la ley del Estado de Oregon que había leído. La Secretaria respondió afirmativamente. Luego - continuó el magistrado CIFUENTES MUÑOZ - el magistrado ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO también había expresado su acuerdo con ese planteamiento y con lo expuesto por el doctor MORON DIAZ, e inclusive había señalado que era partidario de una de las formas de eutanasia más

débiles: la adistanasia, la cual se opone a la prolongación artificial, indefinida, innecesaria e inútil de la vida por tratamientos terapéuticos, que es lo que se llama el encarnizamiento terapéutico. Así mismo consideró, que es importante delimitar cierto tipo de casos que no están previstos de manera clara en la ley de ética médica, para hacer una unidad normativa y una interpretación de la norma demandada. Preguntó de nuevo a la secretaria general si esto había sido así, a lo que la secretaria respondió afirmativamente”.

4. Resulta en extremo doloroso para los magistrados que suscribimos este salvamento de voto abundar en más argumentos y recuerdos sobre lo que fue el fallo adoptado por la Sala Plena y cuya intangibilidad reclamamos en distintas oportunidades. Se ha llegado hasta el extremo impensable de señalar que “salvo los magistrados Cifuentes y Naranjo, todos los demás fueron conscientes de que era eso, y no otra cosa, lo que se votaba”. En este caso la mayoría, privada de todo argumento racional y empírico, ha incurrido en el extravío propio de los ciegos totalitarismos de decretar a sus opositores en estado de insania mental. Ocurre, sin embargo, que fue el primero de los magistrados nombrados el que con base en sus planteamientos presentó la parte resolutive a consideración de la Sala plena, la que fue aprobada con una votación de seis de sus miembros.

Fecha ut supra,
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

ANEXO C

AUTO 414A/15

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-
Procedencia excepcional

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-
Presupuestos formales y materiales de procedencia

NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Reiteración de
jurisprudencia sobre desconocimiento del precedente constitucional

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-
Improcedencia por cuanto no se incurrió en la causal de nulidad consistente en
proferir órdenes a quienes no fueron vinculados al proceso de tutela

Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-970 de 2014

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015)

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a resolver la solicitud de nulidad de la Sentencia T-970 de 2014 proferida por la Sala Novena de Revisión.

1. ANTECEDENTES

1.1. La sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014 decidió acerca de la revisión del fallo proferido por el Juzgado Décimo Civil Municipal de la Ciudad de Medellín, que resolvió en primera y única instancia, la acción de tutela promovida Julia en contra de Coomeva E.P.S.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-970 de 2014, reseñó los hechos que sustentaron la mencionada solicitud de tutela, del siguiente modo:

“De los hechos y la demanda.

El cinco (05) de julio de dos mil trece (2013) la señora Julia interpuso acción de tutela contra Coomeva EPS, en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente (Art. 11 C.P.), los cuales estimó vulnerados por la EPS Coomeva. Fundamentó su demanda en los siguientes hechos:

1. En su escrito de tutela, la peticionaria sostuvo que padece una enfermedad terminal que compromete gravemente sus funciones vitales. En el año dos mil ocho (2008), la Fundación Colombiana de Cancerología “Clínica Vida” dictaminó que padecía cáncer de colon.
2. Indicó que en el mes de enero de dos mil diez (2010), su enfermedad hizo “progresión en pelvis” (metástasis), por lo cual fue sometida a una intervención quirúrgica llamada Hemicolectomía, al igual que a sesiones de quimioterapia. Esos procedimientos fueron realizados entre los meses de febrero y diciembre del mismo año.
3. Mediante una tomografía computarizada realizada en febrero de dos mil doce (2012), la Clínica Vida concluyó que la enfermedad había hecho “progresión pulmonar y carcinomatosis abdominal”. En consecuencia, su médico tratante dispuso que la paciente debía recibir varios ciclos de quimioterapia con los medicamentos Irinotecan + Bevacizumab.
4. Pese a ello, el veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012), la accionante manifestó su voluntad de no recibir más ciclos pues su tratamiento le causaba “intensa astenia, adinamia, cefalea, náuseas y vómito”. Todos ellos efectos secundarios que le impedían desarrollar sus actividades cotidianas sin ayuda de terceros.
5. Fue así como en los meses posteriores, la actora fue hospitalizada por presentar “cuadro de obstrucción intestinal”, necesitar apoyo para su cuidado, padecer dolor abdominal severo, entre otros. El cuatro (04) de junio de dos mil trece (2013), un médico oncólogo adscrito a la Clínica Vida dejó constancia de que el cáncer que padecía la paciente, quien para ese momento había perdido trece (13) kilogramos de peso, no solo se encontraba en “franca progresión”, sino que además había deteriorado su estado funcional y calidad de vida. En consecuencia, el especialista ordenó suministrarle el “mejor cuidado de soporte por cuidados paliativos”.
6. Ante estas circunstancias, en varias oportunidades le solicitó al médico especialista Dr. Ronald Alexander Ayala Ospina que le practicara el procedimiento de “eutanasia”, no obstante, el médico “verbalmente me expresa que dicho pedido de morir dignamente a través de la eutanasia es un homicidio que no puede consentir”.
7. Así, con fundamento en lo expuesto y alegando para el efecto la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-239 de 1997, la actora solicitó ante el juez de tutela amparar su derecho a la vida digna y, en consecuencia, ordenar a Coomeva E.P.S. adelantar las gestiones médicas necesarias para acoger su deseo de no continuar padeciendo los insoportables dolores que le produce una enfermedad que se encuentra en fase terminal, lo que en su criterio es incompatible con su concepto de vida digna.
8. De este modo, pidió al juez tutelar su derecho fundamental a la vida digna y por tanto, determinar en la sentencia la fecha y hora para “morir dignamente y de manera tranquila a través de la eutanasia”.

Intervención de la parte demandada.

La EPS Coomeva, a través de apoderado judicial, manifestó que no vulneró los derechos fundamentales de la actora. En su criterio, no es posible autorizar el procedimiento de eutanasia, pues según las circunstancias del caso no se cumplen todos los requisitos establecidos por la Corte para practicarla. Lo anterior, fundamentado en las siguientes consideraciones:

1. Mediante escrito remitido al juez de primera instancia, Coomeva solicitó negar la acción de tutela promovida por la señora Julia, en atención a la falta de regulación de los procedimientos de eutanasia. Por su parte, solicitó la vinculación al proceso del Ministerio de Salud y Protección Social, “por cuanto es el Estado el directamente responsable de dar efectividad a la sentencia proferida en su momento por la Corte Constitucional y gestionar la reglamentación en la materia”.

2. Así, refirió que la Corte Constitucional estableció unas condiciones que deben cumplirse para que una persona en esas circunstancias pueda, libremente, optar por terminar con su vida ayudado por un tercero profesional de la salud. Sin embargo, hasta el momento no existe ningún tipo de regulación que habilite a una entidad de la salud a prestar el servicio de eutanasia. No obstante, el vacío no fue absoluto. Existen cinco puntos fijados por la Corte que sirven como parámetros para realizar ese procedimiento, al igual que medidas que el legislador debería adoptar. En primer lugar, (i) una verificación rigurosa del paciente, con el fin de corroborar la madurez de su juicio y la voluntad inequívoca de morir. En segundo lugar, (ii) indicación clara de los médicos que deben intervenir en el procedimiento. En tercer lugar, la forma y circunstancias bajo las cuales se debe manifestar el consentimiento. En cuarto lugar, (iii) las medidas que deben ser usadas por el médico para practicar la eutanasia y, finalmente, en quinto lugar, (v) crear procesos educativos en relación con valores como la vida para que esa decisión sea la última que se tome.

3. En ese orden, la decisión de la accionante presenta dilemas éticos, jurídicos, morales, procedimentales, difíciles de solucionar. Por ello, lo que la EPS hizo fue comprobar los supuestos fácticos que prevé la sentencia C-239 de 1997. En ese juicio, Coomeva no es la entidad competente para determinar si la paciente sufre de una enfermedad terminal, pues sus funciones son netamente administrativas. Adicionalmente, tampoco puede decidir si los dolores que padece la señora Julia son insoportables, pues “el dolor es un síntoma desagradable que puede manifestarse de muchas formas, puede ser de intensidad variable, es tanto una sensación como una emoción, puede ser agudo o crónico”. Solo los médicos son quienes pueden determinar esos grados de intensidad. En igual sentido, determinar cuáles dolores son incompatibles con la idea de dignidad de vida no es algo que le competa a la EPS.

4. De otro lado, señaló que la negativa del médico tratante de la afiliada, frente a su requerimiento consistente en la práctica de la eutanasia, obedece “a su posición personal sobre el tema y por lo tanto al derecho que tiene para presentar objeción de conciencia ante tal solicitud” (fl. 71, c. 1). Al respecto, indicó que no puede obligar a ninguno de los profesionales adscritos a su red de servicios a proceder de esa manera, si se tiene en cuenta que en la sentencia C-239 de 1997, al emplear la expresión “brindarle las condiciones para morir dignamente”, para referirse al obrar

del médico que lleva a cabo el acto eutanásico, la Corte Constitucional puso de presente la necesidad de que tal procedimiento se soportara en la voluntad del galeno. Así, no obstante “el médico puede ofrecer información seria y fiable acerca de la enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico”, no se encuentra obligado a “ejecutar la acción que va a dar por terminada la vida de una persona” (fl. 73, c. 1). 3.1.4

5. En este sentido, afirmó que, en todo caso, no es de su competencia dictaminar si la actora padece o no una enfermedad en estado terminal que le causa dolores insoportables, en tanto las mismas se limitan a la gestión de aspectos administrativos y a la prestación del servicio de salud. En su criterio, “dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán los profesionales de la salud (...) los que podrían dar cuenta de qué tanto dolor podría estarle causando a la usuaria la patología que padece”. Además, alegó que la incompatibilidad que a juicio de la paciente existe entre los dolores que siente y su idea de vida digna obedece a una dimensión objetiva “poco aprensible para Coomeva E.P.S.” (fl. 71 y 72, c. 1).

6. Finalmente, sostuvo que dentro de los requisitos de la Sentencia C-239 de 1997 está aquel que exige consentimiento informado, libre, inequívoco, capaz, del paciente. En este caso, consideraron que es claro que “consentimiento informado involucra una evaluación adicional cual es, determinar la capacidad intelectual de la persona que va a consentir a fin de establecer que es “suficiente para tomar la decisión”. En efecto, “¿Cuál es el nivel intelectual que le permite a una persona tomar la decisión de morir dignamente?, ¿Qué coeficiente intelectual se exige?, ¿Cuáles son los parámetros fisiológicos y de capacidad intelectual mínima para que una persona pueda decidir?”.

Del fallo de primera instancia

El Juzgado Décimo Civil Municipal de la Ciudad de Medellín, en providencia del veintitrés (23) de julio de dos mil trece (2013), resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Julia. En criterio de este juez, la Sentencia C-239 de 1997 sentó las bases para el reconocimiento de la eutanasia. La Corte estableció la constitucionalidad de la despenalización del homicidio por piedad en aquellos casos en los que el profesional de la salud lo realice, siempre que se cuente con consentimiento del paciente y se trate de una enfermedad terminal.

Pese a ello, ordenó al Congreso regular el asunto sin que hasta la fecha exista un marco normativo que indique a los profesionales de la salud, cómo deben actuar en estos casos. En otros términos “ante la petición de un usuario para poner fin a su vida (...) no se sabría a ciencia cierta, el protocolo a seguir para el efecto, como tampoco se puede acudir a criterios auxiliares de la actividad judicial”. Por el contrario, puntualizó, lo que sí existe es una norma en la Constitución (Art. 11) que establece que la vida es un derecho inviolable y que no admite excepciones. De ello se infiere que, al no existir normas aplicables al caso, se debe acudir a esos criterios superiores contenidos en la Carta.

Por otra parte, argumentó que luego de decretadas algunas pruebas para conocer con certeza el estado de salud de la paciente, las entidades oficiadas no enviaron

ningún informe. Eso, impidió que el juzgado pudiera tomar una decisión con base en un material probatorio consistente pues nunca pudo verificar los requisitos que la Corte estableció para la práctica de la eutanasia. En particular, no se logró constatar las condiciones de salud mental de la accionante que permitiera verificar su inequívoco consentimiento”.

1.2. La Sala Novena de Revisión revocó la decisión del juez de instancia y, en su lugar, (i) declaró la carencia actual de objeto por daño consumado. Además, (ii) concedió la tutela del derecho fundamental a la muerte digna alegado por la demandante. De esta manera, ordenó al Ministerio de Salud que en el término de 30 días emitiera una directriz y dispusiera de todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata la sentencia. De igual forma, le ordenó sugerir a los médicos un protocolo discutido por expertos de distintas disciplinas que sirviera como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente.

Paralelamente, la Sala dispuso, nuevamente, exhortar al Congreso de la República para que procediera a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los presupuestos y criterios establecidos en la sentencia T-970 de 2014 y C-239 de 1997.

Para arribar a estas conclusiones, la Sala Novena de Revisión presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

1.2.1. Como cuestión previa, identificó el problema jurídico objeto de la decisión. Así, consideró que la Corte debía determinar si la EPS Coomeva desconoció los derechos fundamentales a la vida digna, la muerte digna y la dignidad humana de la señora Julia, al negarse a practicarle el procedimiento de eutanasia, a pesar de su solicitud expresa, en circunstancias de dolor extremo derivadas del cáncer de colón que padecía y que a la postre causó su muerte, basando la negativa en que (i) la peticionaria no se hallaba en condiciones de expresar su consentimiento libre e informado, y (ii) no existe una ley expedida por el Congreso que permita llevar a cabo el procedimiento.

1.2.2. Para resolver ese interrogante, el primer tema que abordó la Sala fue el de identificar las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional sobre carencia actual de objeto por daño consumado, y su distinción con el concepto de hecho superado. Allí, la Corte concluyó que, con base en las principales decisiones que han tratado el tema, cuando se verifica la ocurrencia de la carencia actual de objeto por daño consumado, es deber del juez constitucional pronunciarse sobre el fondo del asunto y tomar todas aquellas medidas necesarias para que el hecho vulnerador no se vuelva a presentar.

A partir de ahí, concluyó que “es claro que en el presente caso se configura la carencia actual de objeto por daño consumado. En efecto, la Sala encuentra que de conformidad con los supuestos fácticos que fundamentaban la acción de tutela y la pretensión de amparo el daño que se causó a la accionante consistió en el sufrimiento físico y psicológico que debió padecer hasta el día de su muerte”. En la referida sentencia la Corte puntualizó que el daño no se concretó con la muerte,

“pues más allá de toda duda razonable ésta era inevitable en un tiempo relativamente corto. De hecho, la muerte no era el suceso que la accionante pretendía impedir por medio de la acción de tutela. Por el contrario, lo que la actora pretendía era que aquella se causara en condiciones diferentes a las impuestas por la propia enfermedad”.

1.2.3. En segundo término, la Sala se ocupó de exponer algunos conceptos técnicos relacionados con la muerte digna. Para ello, partió de identificar las principales diferencias entre distintos términos tales como muerte digna, eutanasia, distanasia, ortotanasia, suicidio asistido, cuidados paliativos, entre otros.

Así, señaló que la eutanasia es tan solo un procedimiento para proteger el derecho a morir dignamente. En criterio de esta Corporación “existen situaciones e hipótesis en las cuales [la eutanasia] no será el medio apropiado para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales (...)”. En definitiva “cuando el enfermo no desea provocar su muerte, existen procedimientos médicos para morir de la manera más digna posible. Ese es el caso de la ortotanasia o de los cuidados paliativos. Como se aprecia, si bien existe una multiplicidad de términos que pueden generar confusiones en la escuela médica, las autoridades jurídicas e incluso en la opinión pública, lo cierto es que, gracias a esa cantidad de prácticas médicas, cada paciente, dependiendo de su deseo, podrá optar por una u otra”.

1.2.4. Seguidamente, la sentencia reiteró la jurisprudencia sobre el derecho a la muerte digna y la despenalización de la eutanasia. Específicamente, abordó el estudio de la sentencia C-239 de 1997. Fue así como señaló que, a partir de esa decisión, la Corte, por una parte, despenalizó el homicidio por piedad, lo que incide en la ausencia de reproche frente a la eutanasia, y por otra, declaró que el derecho a la muerte digna tiene el carácter de derecho fundamental.

Así, a partir de la recopilación de los argumentos plasmados en la sentencia C-239 de 1997, la Sala explicó los requisitos que deben concurrir para que la conducta descrita en el tipo “homicidio por piedad” no sea considerada punible. De conformidad con ellos, “(i) debe mediar el consentimiento del sujeto pasivo. Pero ese consentimiento debe ser libre e informado, lo cual significa que debe ser manifestado por una persona “con capacidad de comprender la situación en que se encuentra”. Es decir, el consentimiento implica que el paciente posee información seria, fiable y precisa, pero además cuenta con capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Para garantizar ese consentimiento, (ii) el sujeto activo debe ser un médico pues es él el único capaz de brindarle la información precisa al paciente, pero además las condiciones para morir dignamente. En caso de que no sea un médico, el consentimiento estará viciado y por tanto, habrá delito. En tercer lugar (iii) el paciente debe padecer una enfermedad terminal que le cause sufrimiento, pues sin ello el elemento subjetivo de la piedad desaparecería”

Para ilustrar esta síntesis, la Sala hizo una transcripción in extenso de algunas de las consideraciones planteadas en la sentencia C-239 de 1997, para luego, a manera de conclusión, esbozar la *ratio decidendi* de ese fallo, según la cual, siempre que se cumplan estrictamente con los requisitos señalados en el párrafo anterior, el homicidio por piedad no puede ser castigado penalmente. Igualmente, la sentencia

acusada reiteró que a partir de esa decisión, la Corte concluyó que la muerte digna es un verdadero derecho fundamental.

1.2.5. En un tercer apartado de la sentencia T-970 de 2014, la Sala Novena de Revisión se ocupó de estudiar los elementos del derecho a morir dignamente, cotejándolos con las características o requisitos que deben cumplir los derechos para ser considerados fundamentales. Para la Corte, un derecho es fundamental cuando la garantía encuentra “(i) (...) fundamento y relación estrecha con la dignidad humana, pero además para identificar su carácter de fundamental (ii) el juez debe evaluar (de manera flexible) consensos a nivel dogmático, constitucional, de derechos humanos o legislativos. (...) Ligado con lo anterior, la fundamentalidad de un derecho (iii) depende de la posibilidad de traducirlo en un derecho subjetivo, en la mayor medida de lo posible pues existen garantías en las que resulta muy difícil determinar el extremo activo, pasivo y el contenido de las obligaciones impuestas. Pese a todo lo anterior, (iv) cada caso debe ser analizado de manera concreta pues la proliferación de derechos fundamentales sin garantías verdaderas, puede convertirse en ineficacia normativa”

En la decisión estudiada, la Corte sostuvo que el derecho a la muerte digna, entonces, se trata de un verdadero derecho fundamental, dado que “la Corte Constitucional mediante la ya tan mencionada sentencia C-239 de 1997 declaró que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. La discusión parece estar zanjada pues este Tribunal, luego de un ejercicio argumentativo e interpretativo de la Constitución, reconoció que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. En efecto, sostuvo que “el deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (...) el derecho a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente”.

1.2.6. En un siguiente nivel de análisis, la sentencia T-970 de 2014 hizo referencia al estado actual de la regulación de la muerte digna en los países donde más desarrollo ha tenido esta materia. A partir de ese estudio se concluyó que la muerte digna en el mundo, “fue reconocida por diversas fuentes normativas. En algunos Estados la discusión fue pública y se despenalizó la eutanasia a través de mecanismos de democracia directa como referendos. Otra alternativa fue acudir directamente la vía legislativa. Sin embargo, en la gran mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se dio a través de decisiones judiciales. Así, los jueces optaron por dos vías. En primer lugar, aceptar que existe una correlación muy estrecha entre el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la autonomía personal. Así, desde una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, sostuvieron que era posible que una persona decidiera autónomamente, bajo ciertas circunstancias, provocar su propia muerte. Es de allí que nace el derecho a morir dignamente. En segundo lugar, los jueces, ante la tensión existente, decidieron despenalizar la eutanasia como una manera de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Así, la penalización de esta práctica médica se convertía en un obstáculo. No obstante, la despenalización no fue absoluta. Se establecieron unas condiciones sin las cuales provocar la muerte de una persona sería igualmente considerado un delito”.

Finalmente, la Sala Novena de Revisión resolvió el fondo del asunto, en el que encontró vulnerados los derechos fundamentales de la señora Julia y diseñó unos criterios y reglas que servirían de marco a la materialización del derecho a morir dignamente, a fin de prevenir que situaciones como la estudiada se volvieran a presentar. En razón a que este aspecto de la argumentación de la sentencia cuestionada fue el que motivó la solicitud de nulidad formulada por la Procuraduría General de la Nación, procede la Sala a transcribir, en extenso, sus apartes más importantes:

“7.1.4 Luego de analizadas las pruebas que reposan en el expediente, la Sala no encuentra justificación constitucionalmente válida a la negativa de la EPS de practicar la eutanasia a la señora Julia. En efecto, del caso se desprende que se cumplen con todos los requisitos que, por un lado, eximen de responsabilidad penal a quien provoque la muerte, pero también, por otro, [se] estructuran las causales para que se esté en presencia de una obligación derivada del derecho fundamental a morir dignamente. La ausencia de legislación no constituye razón suficiente para negarse garantizar los derechos de la peticionaria. La Sentencia C-239 de 1997 si bien dejó en manos del Legislador la regulación del tema, sostuvo que cuando una persona que: (i) padezca una enfermedad terminal que le produzca sufrimiento y que (ii) manifieste su voluntad de provocar su muerte, (iii) deberá practicársele algún procedimiento médico, normalmente eutanasia, realizado por un profesional de la salud, que garantice su derecho a morir dignamente. Así, el precedente constitucional vigente para la época de la negativa era suficiente para proteger el derecho a morir dignamente de la señora Julia. En el caso concreto, a pesar de cumplirse con esos presupuestos la paciente murió esperando que le practicaran el procedimiento.

Advierte la Corte que en casos como el examinado, la ausencia de una regulación del derecho a morir dignamente se convierte en una barrera para su materialización. Por ese motivo, considera la Sala que, en aras de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental analizado en esta providencia, se darán algunas pautas normativas para facilitar su ejercicio, sin perjuicio de que el Congreso de la República en desarrollo de la cláusula general de competencia en materia legislativa que le adscribe la Constitución, y tomando en cuenta las directrices trazadas en esta decisión, proceda su regulación.

La constatación de la vulneración del derecho impone a la Sala el deber de pronunciarse de fondo y fijar unas reglas mínimas para garantizar el derecho a morir dignamente. Si bien existen vacíos normativos, es evidente que se desconoció la decisión tomada por la accionante de poner fin a su vida, lo que en últimas significó imponerle la obligación de vivir en condiciones que ella consideró indignas. Así las cosas, se ha de concluir que en el presente caso se configura la carencia actual de objeto por daño consumado, el cual se originó en la violación del derecho de la accionante a decidir cómo y cuándo morir y se concretó en su imposibilidad de finiquitar el dolor que experimentaba por medio del procedimiento que consideraba más adecuado para el efecto.

7.2 Presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, mientras el Congreso regula la materia.

7.2.1 A partir de lo expuesto, lo primero que hay que decir es que el procedimiento para garantizar el derecho a morir dignamente puede ser múltiple. En algunos casos, la fórmula no será la eutanasia sino otra que se ajuste a la voluntad del paciente. Por ejemplo, cuando el enfermo padezca dolores insoportables pero su decisión no sea en lo absoluto terminar con su vida, los cuidados paliativos serán la alternativa. Sin embargo, en vista de la ausencia de legislación aplicable al caso, esta Corporación, con base en lo reseñado en la parte considerativa de esta providencia, fijará algunos lineamientos tendientes a materializar el derecho a morir dignamente.

(i) El padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores

7.2.2 En la Sentencia C-239 de 1997, la Corte puntualizó que la enfermedad que padezca el sujeto no solo debe ser terminal, sino además producir intensos dolores que causen sufrimiento al paciente. Este requisito debe verse desde dos puntos de vista: uno objetivo y el otro subjetivo. El objetivo implica que la enfermedad debe estar calificada por un especialista. No basta con que el sujeto pasivo indique, sin mediar conocimiento técnico, que padece una enfermedad terminal. En relación con este aspecto, la autonomía de la persona se restringe pues lo que se persigue con ese requisito es delimitar la garantía constitucional e impedir usos indebidos de la misma. En ese orden, la enfermedad debe ser calificada por un experto como terminal, pero además, debe producir intenso dolor y sufrimiento.

Una vez se tenga certeza de que se trata de una patología terminal, adquiere relevancia el elemento subjetivo, consistente en el dolor que cause sufrimiento intenso al paciente. Aunque se pueda establecer médicamente que una enfermedad implica mucho dolor (aspecto objetivo), limitar esa certeza a un concepto médico choca con la idea misma de autonomía y libertad de las personas. Nadie más que el propio paciente sabe que algo le causa un sufrimiento de tal envergadura que se hace incompatible con su idea de dignidad. Los dolores pueden ser médicamente de muchas clases y la falta de acuerdo médico puede llevar a la vulneración de los derechos del paciente. Aunque el papel del médico en estos procedimientos es indispensable, no por ello es absoluto. De esta manera, será la voluntad del paciente la que determine qué tan indigno es el sufrimiento causado, aunado a los exámenes médicos. No pueden los médicos oponerse a la voluntad del paciente cuando quiera que objetiva y subjetivamente su voluntad se encuentra depurada. Existe una prevalencia de la autonomía del enfermo.

(ii) El consentimiento libre, informado e inequívoco

7.2.3 A partir de lo anterior, se sabe que el enfermo sufre de una patología terminal que le causa sufrimiento intenso. Sin embargo, en criterio de esta Corporación debe además mediar el consentimiento de la persona. Ese consentimiento debe ser libre, informado e inequívoco. Sobre este punto, la Corte ya había dicho 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”.

7.2.4 En esas condiciones, el consentimiento libre implica que no existan presiones de terceros sobre su decisión. Lo determinante es que el móvil de la decisión sea la genuina voluntad del paciente de poner fin al intenso dolor que padece. Además, el con sentimiento debe ser informado, motivo por el cual los especialistas deben brindar al paciente y a su familia toda la información objetiva y necesaria, para que no se tomen decisiones apresuradas pues de lo que se trata es de disponer de la vida misma del ser humano. Finalmente, el consentimiento tendrá que ser inequívoco. Una decisión como la que aquí se construye lo que pretende, en principio, es la protección de la vida del paciente y de su propia voluntad, por tanto, mediante este requisito se busca asegurar que la decisión del paciente de provocar su muerte sea consistente y sostenida, es decir, que no sea el producto de episodios anímicos críticos o depresivos.

7.2.5 Con el propósito de garantizar que el consentimiento vertido esté revestido de los anteriores atributos, se prevén los siguientes dispositivos: Primero, (i) la creación de un comité científico interdisciplinario de acompañamiento al paciente y su familia, durante el proceso. Para el efecto, la Corte ordenará al Ministerio de Salud que imparta una directriz a todos los hospitales, clínicas, IPS, EPS, y en general a 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. 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.

En consecuencia, el Ministerio de Salud, en el término de 30 días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta sentencia, deberá emitir una directriz y disponer todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y en general, los prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión. De igual manera, el Ministerio deberá sugerir a los médicos un protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que será referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente.

7.2.6 La segunda forma es (ii) a través de un procedimiento en el que se blinde la decisión del enfermo. Este punto fue objeto de pronunciamiento en la Sentencia C-239 de 1997, cuando indicó lo siguiente:

“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”.

7.2.7 Siguiendo esos lineamientos, cuando se constate que la persona padece de una enfermedad terminal que le causa dolores intensos, la persona tendrá derecho a manifestar su deseo de morir. Esa voluntad será recibida por el médico quien convocará al comité científico interdisciplinario para que comience su actividad. Una vez sea expresada la intención de morir, garantizando lo inequívoco del consentimiento, el médico o el comité deberá en un plazo razonable (criterio de celeridad) que no podrá ser superior a diez (10) días calendario, preguntar al paciente si su intención continúa en pie. En caso de que así sea, el procedimiento será programado en el menor tiempo posible, que no podrá ser superior a lo que el paciente indique o máximo quince (15) días después de reiterada su decisión. En cualquier momento el enfermo podrá desistir de su decisión y con ello, activar otras prácticas médicas como los cuidados paliativos en los términos de la Sentencia C-233 de 2014.

7.2.8 Igualmente, el consentimiento puede ser previo, posterior, formal o informal. Será previo cuando antes de sufrir el suceso patológico, formal o informalmente, la persona manifiesta por cualquier medio su deseo de que le sea aplicado algún procedimiento para garantizar su derecho a morir dignamente. Por el contrario, será posterior cuando la voluntad se manifieste luego de ocurrido el suceso patológico. En el mismo sentido, la voluntad podrá ser expresada formal (por ejemplo, por escrito), así como también informalmente (de manera verbal).

7.2.9 De otro lado, el consentimiento también puede ser sustituto. Esta manera de manifestar el consentimiento ocurre cuando la persona que sufre de una enfermedad terminal, se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su consentimiento. En esos casos y en aras de no prolongar su sufrimiento, la familia, podrá sustituir su consentimiento. En esos eventos, se llevará a cabo el mismo procedimiento establecido en el párrafo anterior, pero el comité interdisciplinario deberá ser más estricto en el cumplimiento de los requisitos.

7.2.10 Una vez garantizado el derecho a la muerte digna, el comité interdisciplinario apoyará a la familia del paciente en todo lo que tiene que ver con asistencia psicológica, médica, legal, etc. Así mismo, el Comité deberá enviar un documento al Ministerio de Salud, en el cual reporte todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el Ministerio realice un control exhaustivo sobre el asunto. De igual forma, el Ministerio deberá elaborar un protocolo médico consensuado con la academia médica, psicológica, jurídica, y las organizaciones sociales, que sugiera a los médicos cuál es el procedimiento técnico a utilizar en estos casos. Dicho protocolo no podrá definir ni el contenido del derecho fundamental a la muerte digna, ni obligaciones adicionales a las establecidas en esta providencia.

7.2.11 Conforme a lo establecido en esta providencia, los médicos y los prestadores de salud en general, son los principales obligados respecto de la aplicación de los

procedimientos orientados a hacer efectiva la voluntad del paciente de ejercer su derecho a morir dignamente. No obstante, en el caso de los profesionales de la salud encargados de intervenir en el procedimiento, las convicciones personales que eventualmente puedan oponer al cumplimiento de este deber, no pueden constituirse en un obstáculo para la plena vigencia de los derechos fundamentales del paciente. Si se presenta esta eventualidad, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento en que el médico, por escrito, argumente sus razones por las cuales realizar el procedimiento va en contravía de sus convicciones personales, deberá reasignarse otro profesional de la salud para que realice el procedimiento. En todo caso, si se presentan dificultades fácticas que impidan que el paciente pueda cumplir con su voluntad, la acción de tutela siempre será el mecanismo adecuado para superar las barreras que se puedan generar.

(iii) Criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho fundamental a la muerte digna

7.2.12 A partir de las anteriores reglas, los procedimientos para la garantía del derecho fundamental a morir dignamente deberán atender a los siguientes criterios:

- Prevalencia de la autonomía del paciente: Los sujetos obligados deberán analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del paciente. Solo bajo situaciones objetivas e imparciales, se podrá controvertir esa manifestación de la voluntad.
- Celeridad: el derecho a morir dignamente no puede suspenderse en el tiempo, pues ello implicaría imponer una carga excesiva al enfermo. Debe ser ágil, rápido y sin ritualismos excesivos que alejen al paciente del goce efectivo del derecho.
- Oportunidad: se encuentra en conexión con el anterior criterio e implica que la voluntad del sujeto pasivo sea cumplida a tiempo, sin que se prolongue excesivamente su sufrimiento al punto de causar su muerte en condiciones de dolor que, precisamente, quiso evitarse.
- Imparcialidad: los profesionales de la salud deberán ser neutrales en la aplicación de los procedimientos orientados a hacer efectivo el derecho a morir dignamente. No pueden sobreponer sus posiciones personales sean ellas de contenido ético, moral o religioso que conduzcan a negar el derecho. En caso que el médico alegue dichas convicciones, no podrá ser obligado a realizar el procedimiento, pero tendrá que reasignarse otro profesional.
- En todo caso, esta providencia deberá ser interpretada con base en los criterios adicionales previstos en la Sentencia C-239 de 1997.

7.2.13 Por las razones expuestas, la Sala declarará la carencia actual de objeto por daño consumado, no obstante, con base en las consideraciones efectuadas en esta decisión proferirá algunas órdenes a fin de [que] hacia el futuro no se vuelvan a presentar situaciones como la que dio origen a esta sentencia. De igual manera, exhortará al Congreso de la República para que proceda a regular el derecho

fundamental a morir dignamente, tomando en cuenta lo establecido por esta providencia.”

1.2.7. El Magistrado Mauricio González Cuervo presentó salvamento parcial de voto, para lo cual manifestó que la reglamentación emitida por este Tribunal era un asunto netamente técnico y que, en algunos eventos, podía traer consecuencias nocivas para garantizar el derecho a la muerte digna. A continuación, se transcribe el salvamento parcial de voto presentado por el Señor Magistrado González Cuervo:

“Considero que la Sala de Revisión adelantó una regulación de carácter eminentemente técnico, la cual no debe ser asumida por esta Corporación. Resulta inconveniente que sea la Corte la que establezca, por ejemplo, el término para que el médico pregunte nuevamente por la intención del paciente para que le sea practicada la eutanasia o el tiempo que debe transcurrir entre dicha manifestación y la realización del procedimiento. Establecer un término, así sea máximo, de 10 días para la ratificación del consentimiento o de 15 para que sea programado el procedimiento, es un hecho que desborda los conocimientos de la Sala de Revisión, en tanto estos pueden, incluso, resultar excesivos dependiendo las características particulares de cada caso.

En el mismo sentido debo manifestarme frente a las directrices que se le fijan al Comité Interdisciplinario, el cual debe ser creado como consecuencia de las órdenes proferidas en la presente sentencia.

Dicha reglamentación debe estar -como lo señala la propia providencia al exhortar al Congreso- adelantada de manera exclusiva por el órgano legislativo, o en los asuntos técnicos por los expertos en la materia, en cabeza del Ministerio de Salud”.

2. SOLICITUD DE NULIDAD

Mediante escrito radicado ante la Secretaría General de la Corte el 3 de marzo de 2015, el señor Procurador General de la Nación formuló solicitud de nulidad contra la sentencia T-970 de 2014, invocando sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 277 C.P., las cuales le han sido reconocidas, para el caso particular de la petición de nulidad de las sentencias adoptadas por la Corte, en distintos autos proferidos por la Sala Plena de esta corporación.

Luego de hacer algunas consideraciones sobre los precedentes relativos a los requisitos formales y materiales exigibles a la solicitud de nulidad de los fallos de la Corte, al igual que una exposición sobre el contenido de la sentencia cuestionada, el señor Procurador General de la Nación formula los siguientes argumentos que en su criterio hacen nulo el mencionado fallo:

2.1. El Ministerio Público considera que la sentencia yerra por al menos dos razones: por una parte, (i) desconoció lo previsto en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, puesto que la Sala Novena de Revisión se arrogó injustificadamente la competencia para modificar la jurisprudencia constitucional en lo relativo al derecho a la muerte digna (Sentencias C-239 de 1997 y C-233 de 2014) y, por otra, (ii) violó los presupuestos procesales de la acción de tutela al integrar indebidamente el contradictorio, emitir órdenes a entidades que no fueron vinculadas al proceso y no

violaron derecho fundamentales, y vulnerar el principio inter partes de la acción de tutela.

2.2. Para justificar sus acusaciones, el señor Procurador parte de presentar las generalidades sobre la causal de nulidad por desconocimiento del precedente, concluyendo que cuando una Sala de revisión “transgrede la *ratio decidendi* de una sentencia de constitucionalidad, (...) es indudable que estaría desconociendo la fuerza de la cosa juzgada y usurpando el papel de la Sala Plena de la Corte para efectuar los cambios de jurisprudencia”.

2.3. A partir de lo anterior, sostiene que lo decidido en la sentencia T- 970 de 2014 modificó las razones de la decisión fijadas por la Sala Plena en las sentencias C-239 de 1997 y C-233 de 2014. Para ello, hace una extensa transcripción de esos fallos, tanto de las normas que en esos casos se analizaron, como de la parte resolutive de los mismos y la citación de aquellos apartados en que considera se plasmaron las razones para tomar la decisión. Sin embargo, debe advertirse que el solicitante no hace ninguna inferencia de esas decisiones, ni indica cuáles fueron las reglas jurisprudenciales que en su criterio fueron modificadas o desconocidas por parte de la sentencia cuestionada.

En relación con el presunto desconocimiento del precedente establecido en la sentencia C-239 de 1997, el Ministerio Público manifiesta que la regla fijada en ese fallo fue la siguiente: “la piedad que siente el médico que realiza el homicidio piadoso por el paciente que lo consiente, aparece como una causal de justificación de una conducta típica”. En criterio de esa entidad, “a partir de la *ratio decidendi* de la sentencia C-239 de 1997 es claro que allí la Corte Constitucional no creó (y, de hecho, no podría crear) una obligación para todos los médicos, consistente en realizar una conducta típica (homicidio piadoso) sino, muy por el contrario, allí se incluyó la piedad como una causal de justificación del delito”.

2.4. Por lo tanto, en criterio del señor Procurador, de acuerdo con lo decidido en la sentencia C-239 de 1997 “si un paciente que padece una enfermedad terminal que le genera un sufrimiento insoportable que, en su parecer, hace indigna su existencia, (i) puede solicitar a un médico que le ayude a morir y (ii) si el médico, movido por un sentimiento de piedad hacia el paciente, decide acceder a su petición, (iii) en el curso de un proceso penal éste no será declarado responsable por cuanto la conducta en la que incurrió, aunque típica, no es antijurídica”. En consecuencia, para el Ministerio Público, la providencia acusada de nula violó la cosa juzgada constitucional pues “la Sala de Revisión señaló que la paciente tenía el derecho a exigir de la E.P.S demandada que le practicara la eutanasia. Cuando, muy por el contrario, lo que la Corte estableció en la sentencia C-239 de 1997 fue una causal de justificación para un determinado delito”. Para esa entidad, la Sentencia C-239 de 1997 no declaró que existe un derecho a que se practique la eutanasia y por tanto, las EPS no tienen el deber de realizarlas.

Indica el solicitante que, además de lo expuesto, la sentencia yerra al fijar los presupuestos que deben cumplirse para hacer efectivo el derecho a morir dignamente. En su concepto, la sentencia de constitucionalidad parámetro de la solicitud de nulidad, fue clara en establecer que esas regulaciones sólo las puede hacer el Congreso, pues mientras se reglamenta, todo homicidio por piedad cuando

se trata de enfermos terminales, debe dar lugar a la correspondiente investigación penal.

2.5. De manera semejante, el señor Procurador resalta que la Sala Novena de Revisión de esta Corporación desconoció la *ratio decidendi* de la sentencia C-233 de 2014 sobre cuidados paliativos ya que, de conformidad con esa providencia, “mientras que en aquella sentencia de constitucionalidad la Corte había decidido que existía reserva de ley estatutaria para que pudiera imponerse un límite al derecho a la vida y obligaciones al médico con respecto a este límite, la sentencia incidentada ha estimado que tales asuntos pueden exigirse válidamente a través de una reglamentación administrativa expedida por el Ministerio de Salud”. En su criterio, “el protocolo ordenado en la sentencia que aquí se cuestiona haría que los médicos y el Sistema General de Seguridad Social quedarán revestidos con competencias para decidir sobre la vida de alguien que se considera vivo o en un estado de inconsciencia reversible, situación que, según la sentencia C-233 de 2014, tiene reserva estatutaria” (sic).

2.6. En relación con el cargo relativo a una eventual violación del debido proceso por desconocimiento de los presupuestos procesales de la acción de tutela, el Ministerio Público manifestó que la sentencia acusada es nula por tres razones: (i) porque se emitió una orden respecto de una entidad que no violó derechos fundamentales; (ii) porque se integró indebidamente el contradictorio y; (iii) se desconoció la naturaleza inter partes de la acción de tutela.

2.7. Sobre la primera censura, el señor Procurador indicó que “vista la parte resolutive de la sentencia incidentada se advierte que en ella existe una orden directamente expedida contra o hacia el Ministerio de Salud y Protección Social, lo que, para esta jefatura, sin duda implica la configuración de una de las típicas causales de nulidad ya aceptadas por la Corte Constitucional”. En su concepto, se está irrespetando el derecho de defensa al Ministerio pues nunca tuvo la oportunidad de pronunciarse y a pesar de que en auto expedido por la Sala el 5 de febrero de 2014 se citó a dicha entidad, sostuvo la Procuraduría que esa vinculación se hizo con fundamento en el artículo 57 del reglamento de la Corte, relativo al decreto y práctica de pruebas.

2.8. En cuanto al segundo cuestionamiento de naturaleza procesal, el Ministerio Público señaló que la sentencia T-970 de 2014 es nula pues impuso “obligaciones a quien tampoco ha transgredido un derecho fundamental y a quien, en este sentido, ni siquiera se le ha efectuado un juicio de tutela”. Para esa autoridad, la sentencia censurada no efectúa un análisis respecto de la supuesta violación de un derecho fundamental por parte del Ministerio de Salud, lo cual “podría justificar una orden de realizar una reglamentación general que fuese de su competencia y no que, como sucede en este caso, implique suplantar al legislador”.

Por lo tanto, “resulta un contrasentido que la Sala Novena de Revisión hubiera impartido una orden a quien no fue juzgado como violador de derechos fundamentales, y ni siquiera fue convocado al litigio como parte, pero que además en todo caso carece de competencia para resolver la omisión legislativa que se reprocha en la sentencia incidentada”. En consecuencia, la decisión, puntualiza,

debe ser declarada nula pues el análisis no se hizo sobre la conducta de la EPS demandada sino por la omisión del Ministerio de Salud.

2.8. Finalmente, la Procuraduría General de la Nación acusa la sentencia T-970 de 2014 por desconocimiento de la naturaleza inter partes de la acción de tutela y, en consecuencia, reprocha las órdenes generales dictadas por la Sala Novena de Revisión Constitucional, en los términos en que se reseña a continuación:

“Igualmente, debe resaltarse que el desbordamiento de la competencia de la Corte constitucional para proferir órdenes generales, trae en este caso inmerso un segundo problema jurídico relacionado con la objeción de conciencia. En efecto, en la sentencia incidentada, aunque se reconoce el derecho a objetar conciencia por parte de los médicos a los que se les solicita la eutanasia, al mismo tiempo no se reconoce que el referido derecho no le pertenece a las instituciones de salud”.

2.9. Por las anteriores razones, el señor Procurador solicita a la Sala Plena que anule la sentencia T-970 de 2014. En todo caso, reclama, subsidiariamente, la anulación del numeral cuarto de la parte resolutive del fallo relativo al protocolo médico que el Ministerio de Salud deberá sugerir a los médicos, previa discusión por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Asunto objeto de análisis.

El señor Procurador General de la Nación solicita la declaratoria de nulidad de la sentencia T- 970 de 2014 al considerar que en ella la Sala Novena de Revisión modificó los precedentes constitucionales fijados por la Sala Plena en las sentencias C-239 de 1997 y C- 233 de 2014. Argumenta, así mismo, la vulneración del debido proceso constitucional aduciendo que se profirieron órdenes que involucran a personas jurídicas que no fueron parte dentro del proceso de revisión constitucional.

Para analizar los asuntos planteados por la solicitud de nulidad, la Sala adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, (i) reiterará las reglas fijadas en sede constitucional sobre los requisitos formales y materiales de procedencia de la nulidad contra las sentencias que profiere la Corte. En segundo término, (ii) identificará las reglas jurisprudenciales acerca del desconocimiento del precedente jurisprudencial como causal de nulidad de las sentencias proferidas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional. Luego, (iii) con base en las reglas que se deriven del análisis de los tópicos mencionados, resolverá la petición de la referencia.

3.2. Requisitos para la procedencia excepcional de la declaratoria de nulidad de las sentencias de revisión de acciones de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha fijado las reglas aplicables para resolver las solicitudes de nulidad de las sentencias que profieren la Sala Plena o las distintas Salas de Revisión de este Tribunal. Los aspectos esenciales de esta doctrina han sido desarrollados en varias decisiones, como, por ejemplo, en el Auto 031A de 2002,

pronunciamiento que ha sido constantemente reiterado en por decisiones posteriores. Entre ellas, los Autos 164 de 2005, 060 de 2006, 330 de 2006, 410 de 2007, 087 de 2008, 189 de 2009 y 270 de 2009.

El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 dispone que las sentencias emitidas por la Corte Constitucional no son susceptibles de recurso alguno. Sin embargo, la misma norma prevé que la nulidad de los procesos que se surtan ante esta corporación, solo podrá alegarse antes de proferido el fallo y deberá fundarse en irregularidades que atenten gravemente contra el debido proceso.

No obstante, la Sala Plena de esta Corte, haciendo un análisis armónico de la legislación aplicable, también ha concluido que es factible solicitar la nulidad de las sentencias de revisión de acciones de tutela, incluso con posterioridad al fallo o de manera oficiosa. Para ello, ha fijado una serie de requisitos para la declaratoria de nulidad, los cuales son sintetizados a continuación.

3.2.1. En primer lugar, la jurisprudencia ha sostenido de manera uniforme que la declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión es de naturaleza excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurren “situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar” ”

En este sentido, la jurisprudencia ha puntualizado que la solicitud de nulidad de una sentencia no puede, en ningún caso, tornarse en un recurso adicional contra la providencia adoptada por la sala de revisión. Para esta Corporación, la nulidad, de manera categórica, no puede desconocer que las decisiones de la jurisdicción constitucional hacen tránsito a cosa juzgada y cierran el debate sobre el asunto respectivo, “el cual no puede reabrirse utilizándose como medio para ello la solicitud de declaratoria de nulidad de la sentencia. Así, sólo una censura a la decisión fundada no en la controversia acerca del fondo del asunto estudiado por la Corte, sino en la presencia de circunstancias con base en las cuales pueda predicarse la vulneración del debido proceso en razón del fallo, servirá de sustento válido para la declaratoria de nulidad”.

En consonancia con lo anterior, la Corte ha sido contundente en señalar que la solicitud de nulidad no puede convertirse en una instancia en la que Sala Plena de esta Corporación corrija aquellos puntos con los que el solicitante no está de acuerdo. En efecto, los fallos de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada, de manera que tanto la valoración probatoria como la interpretación que se haya plasmado en la sentencia no son asuntos objeto de cuestionamiento a través del incidente de nulidad.

Al respecto, la Corte ha insistido en que:

“[a] través de la solicitud de nulidad no se puede pretender reabrir un debate que ya ha sido cerrado en las discusiones de la Sala de Revisión o la Sala Plena. Una vez proferida la sentencia por parte de la Corte Constitucional, ésta no es recurrible o impugnabile, en principio. En reciente providencia (Auto 131/04, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil) esta Corporación señaló clara y enfáticamente que: “cualquier inconformidad con la interpretación dada por la Corte, con la valoración probatoria o con los criterios argumentativos que sustentan la sentencia, no pueden constituir fundamentos suficientes para solicitar su nulidad, ya que este tipo de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones connaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante con la decisión. Por ello, solamente aquellos vicios que impliquen una verdadera afectación del debido proceso, cuya demostración sea “ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos” , pueden conducir a la nulidad de una sentencia proferida por esta Corporación.”

De manera similar, el Auto 127A de 2003 sostuvo lo siguiente:

“Bajo esta óptica, siendo coherente con la interpretación indicada, la jurisprudencia reconoce que el incidente de nulidad puede promoverse no solo respecto de los presuntos defectos en que haya podido incurrir la Corte antes de proferir la decisión de fondo, conforme en principio se deduce del contenido del artículo 49 del decreto antes citado, sino también en relación con aquellas fallas que le son imputables directamente al texto o contenido de la sentencia. Esto último, sin que pueda interpretarse el incidente de nulidad como la configuración de una especie de recurso oponible a los fallos que dicta la Corte, que como se dijo están proscritos por expreso mandato constitucional, ni tampoco como una nueva instancia procesal apta para reabrir debates pasados o para analizar nuevamente las controversias que ya han sido resueltas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en su Sala Plena o en sus respectivas Salas de Revisión de tutela.”

En conclusión, este incidente se restringe a la identificación de un vicio significativo, trascendental y de tal envergadura que haga a la sentencia atacada ostensiblemente incompatible con el derecho al debido proceso. Si se parte de esa base, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la procedencia de la nulidad depende del cumplimiento de requisitos de carácter formal y material, cuyo contenido se explica a continuación.

3.2.2. Presupuestos formales de procedencia.

Como se anunció previamente, la doctrina constitucional ha establecido unos requisitos formales para que la nulidad de una sentencia emitida por alguna Sala de Revisión, proceda. Estas exigencias son: (i) La solicitud debe presentarse en el término de ejecutoria, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte. Vencido este tiempo, se entiende que toda circunstancia que podría causar la nulidad del fallo queda saneada; (ii) En caso que el yerro se produzca por situaciones acaecidas antes del fallo, la solicitud de nulidad deberá efectuarse antes de que la Sala de Revisión emita la sentencia correspondiente. En consecuencia, si las partes que intervinieron en el proceso

constitucional no elevan petición en ese sentido dentro de la oportunidad prevista, pierden su legitimidad para invocar la nulidad posteriormente.

3.2.3. Presupuestos materiales de procedencia.

Por otra parte, la Corte también ha establecido determinadas condiciones materiales o de fondo que deben cumplir los argumentos en que se funda una solicitud de nulidad. Como se manifestó en párrafos anteriores, la nulidad de una sentencia es excepcionalísima, motivo por el cual el examen que la Sala Plena hace debe ser estricto. En consecuencia, la misma Corporación ha fijado unos presupuestos de fondo, con los que la nulidad debe cumplir a efectos de ser concedida.

Así las cosas, (i) el solicitante tiene la carga de demostrar, con base en argumentos “serios y coherentes que la sentencia vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Como se indicó, el incidente de nulidad no es una oportunidad para reabrir la discusión jurídica resuelta en el fallo, por lo que una censura sustentada en el inconformismo del peticionario ante lo decidido o en una crítica al estilo argumentativo o de redacción utilizado por la Sala de Revisión, carece de eficacia para obtener la anulación de la sentencia” .

Por otra parte, (ii) la solicitud de nulidad no puede versar sobre asuntos probatorios, de manera que el cargo que sustente la solicitud de nulidad no puede estar dirigido a replantear el análisis probatorio efectuado en la sentencia.

Igualmente, (iii) la afectación del debido proceso por parte de la Sala de Revisión debe ser cualificada. En consecuencia, “debe ser ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos” .

Con base en estas consideraciones, la jurisprudencia identifica algunas causales en las que la vulneración al debido proceso reúne esas características:

“- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte. (...)

- Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley.

- Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutive de la misma, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada; igualmente, en aquellos eventos donde la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación.

- Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso.

- Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.

En conclusión, la solicitud de nulidad de las sentencias que profieren las salas de revisión es un trámite que, en ningún caso, puede conllevar a la reapertura del debate jurídico, pues de ninguna forma, la Corte, puede desconocer el principio de seguridad jurídica y cosa juzgada. Por ello, no se pueden admitir argumentos que “bajo la apariencia de fundarse en presuntas afectaciones del debido proceso, en realidad están dirigidas a cuestionar sustantivamente los fundamentos jurídicos de la decisión cuestionada”.

3.3. El desconocimiento del precedente constitucional como causal de nulidad de las sentencias. Reiteración de jurisprudencia.

3.3.1. Una de las causales de nulidad de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional es el cambio de jurisprudencia por parte de una sala de revisión, en relación con un asunto respecto del cual esta corporación ya ha fijado un precedente consolidado. Esta causal tiene fundamento en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, según el cual “los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente”, motivo por el cual, las salas de revisión no pueden atribuirse la facultad de modificar el precedente constitucional.

A pesar de ello, esa restricción que tienen las salas de revisión de modificar la jurisprudencia debe analizarse conforme a los requisitos de excepcionalidad de las nulidades constitucionales. Bajo esta perspectiva, gran número de providencias de esta Corporación han sostenido reiteradamente que no cualquier cambio en la jurisprudencia conlleva la anulación de la decisión, pues en ciertos eventos, la decisión de las salas de revisión se enmarca dentro del ámbito de interpretación propio de la función judicial. Para ello, la Corte ha fijado algunas hipótesis específicas que determinan la viabilidad de la solicitud de nulidad con fundamento en esta causa.

En primer lugar, se debe estar ante una línea jurisprudencial consolidada por la Corte, que constituya precedente obligatorio para las salas de revisión. Por tanto, debe existir en sede constitucional una jurisprudencia en vigor, “esto es, “(...) en el entendido de que las decisiones anteriores han dejado tras de sí un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos (...)”

De acuerdo con esta postura, el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional como causal de nulidad únicamente se configura en el evento en que una Sala de Revisión no toma en cuenta la ratio decidendi de una sentencia proferida por la Sala Plena. En el Auto 129 de 2011, esta Corporación resumió las reglas aplicables de la siguiente forma:

“(i) existencia de una línea jurisprudencial clara, sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional frente a una determinada situación fáctica; (ii) coincidencia, si no total al menos en lo esencial, entre la situación de hecho que da origen a la acción de tutela que se resuelve y aquéllas que previamente han dado lugar a la construcción y consolidación de esa específica línea jurisprudencial; (iii) como

consecuencia de los dos anteriores, deber de la correspondiente Sala de Revisión de aplicar, como ratio decidendi de su pronunciamiento, la línea jurisprudencial ya definida por la Sala Plena, y que ha servido, precisamente como ratio decidendi de las decisiones proferidas en los casos identificados como semejantes; (iv) desatención, por parte de la Sala de Revisión autora de la sentencia disputada, del deber de acatar la línea jurisprudencial vigente, proveniente de la Sala Plena, que se manifiesta al decidir el caso concreto empleando una ratio decidendi contraria o diversa a la que en casos análogos ha aplicado esta corporación.”

Naturalmente, el respeto por el precedente constitucional que resolvió casos específicos con supuestos fácticos similares, no se opone al deber de seguir la ratio decidendi de las sentencias que se adoptan en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. En efecto, esas razones de la decisión son de obligatorio cumplimiento para las salas de revisión, quienes no están facultadas para modificar lo decidido por una sentencia de control abstracto.

3.3.2. En segundo lugar, una vez definida la existencia de una línea jurisprudencial en vigor, para que la solicitud de nulidad prospere se requieren ciertos requisitos adicionales, los cuales fueron resumidos por el Auto 022 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) :

“La sentencia objeto de solicitud de nulidad debe en forma expresa acoger una regla de decisión contraria a la contenida en la jurisprudencia en vigor aplicable a la materia correspondiente. Por tanto, no podrá predicarse la nulidad del fallo cuando lo alegado por el peticionario consista en “(i) diferencias esenciales o accidentales entre casos aparentemente iguales; (ii) (...) la utilización de expresiones al parecer contrarias a la doctrina constitucional vigente; y menos aún, (iii) el uso de criterios jurídicos novedosos para dar eficaz solución a circunstancias no previstas en los casos anteriores, siempre y cuando dicha decisión corresponda a una interpretación razonable y proporcionada del ordenamiento jurídico constitucional”. De igual forma, la nulidad no concurrirá cuando la contradicción planteada esté relacionada con apartados de sentencias anteriores que no hacen parte de la razón de decisión, sino que constituyen materias adicionales que no guardan relación necesaria con la resolución del problema jurídico dado, afirmaciones que la doctrina denomina como obiter dicta.

En otras palabras, de lo que se trata es que existe una evidente contradicción entre la ratio decidendi de la sentencia cuestionada y la de aquella que opera como precedente vinculante. Así, escapa del ámbito propio de la nulidad contra los fallos que profieren las Salas de Revisión, contradicciones apenas incidentales o marginales, pues estas recaen en el margen de autonomía judicial.

(...) En términos simples, debe estarse ante una contradicción evidente entre la ratio decidendi de la sentencia cuestionada y la razón de la decisión contenida en el precedente. Por ende, no podrá predicarse un cambio de jurisprudencia cuando la contradicción se plantea entre argumentos que constituyeron simples obiter dicta en los extremos anotados. Es decir, no existe nulidad cuando la oposición se predica respecto de cualquier doctrina proferida por la Sala Plena de la Corte, sino solo respecto de aquellos argumentos constitutivos de ratio decidendi. A su vez, la nulidad debe fundarse en la razón de la decisión de la sentencia cuestionada se

opone al precedente. Esto significa, correlativamente, que si la contradicción se predica entre argumentos que son obiter dicta del fallo cuestionado y el precedente, tampoco podrá inferirse la nulidad de esa decisión, pues no se estaría ante la modificación de la jurisprudencia en vigor”

3.3.3. Como se expresó en el aparte citado, para que pueda inferirse el desconocimiento de la jurisprudencia debe existir similitud entre los presupuestos fácticos de la sentencia objeto de solicitud de nulidad y los hechos jurídicos relevantes para la construcción de la regla de decisión prevista por el precedente constitucional. Debe enfatizarse en que esta Corporación ha admitido que cuando no exista precedente por parte de la Sala Plena, las salas de revisión deben seguir la “jurisprudencia vigente” a la época, la cual se constituye por aquellas sentencias proferidas por salas de la misma jerarquía.

3.4. Causal de nulidad cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a quienes no fueron vinculados al proceso. Reiteración de jurisprudencia.

En diversas ocasiones la jurisprudencia de esta Corporación ha estimado que a pesar de que la acción de tutela es gobernada por el principio de informalidad, ello no puede implicar el quebrantamiento del debido proceso al que por expreso mandato constitucional están sometidas las actuaciones administrativas y judiciales (art. 29 C.P.), y en cuyo contenido constitucionalmente protegido se incorporan los derechos de defensa y contradicción. Por esta razón, la Corte en su jurisprudencia ha desarrollado una causal de nulidad que salvaguarde esos derechos. Así, esta corporación ha sido enfática en señalar que una sentencia proferida por la Corte Constitucional puede incurrir en una nulidad cuando se dan órdenes sobre sujetos que no fueron debidamente vinculados al proceso.

De ahí que el juez constitucional esté obligado a integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la presunta afectación iusfundamental, en el cumplimiento de una eventual orden de amparo y/o resulten afectadas con la decisión, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso de los recursos defensivos que ofrece el ordenamiento jurídico” .

Sobre este tema, en Auto 09 de 1994 la Corte puntualizó lo siguiente:

“La integración del contradictorio supone establecer los extremos de la relación procesal para asegurar que la acción se entabla frente a quienes puede deducirse la pretensión formulada y por quienes pueden válidamente reclamar la pretensión en sentencia de mérito, es decir, cuando la participación de quienes intervienen en el proceso se legitima en virtud de la causa jurídica que las vincula. Estar legitimado en la causa es tanto como tener derecho, por una de las partes, a que se resuelvan las pretensiones formuladas en la demanda y a que, por la otra parte, se le admita como legítimo contradictor de tales pretensiones.”

En armonía con lo anterior, el Tribunal Constitucional en Auto 019 de 1997 señaló:

“Por consiguiente, una vez presentada la demanda de tutela, la autoridad judicial debe desplegar toda su atención para conjurar la posible vulneración de derechos fundamentales que aduce el accionante en el petitum, y fallar de acuerdo con todos los elementos de juicio, convocando a todas las personas que activa o pasivamente se encuentren comprometidas en la parte fáctica de una tutela.”

De acuerdo con lo anterior, esta Corporación en diversas oportunidades ha indicado que la sentencia que dio órdenes sobre personas que no fueron vinculadas al trámite de tutela afecta el debido proceso constitucional (Art. 29 CP), motivo por el cual, incurre en una causal de nulidad que amerita la invalidez de la decisión atacada.

3.5. Caso concreto

3.5.1. Satisfacción de los presupuestos formales

3.5.1.1. La Sala advierte, en primer término, que aunque el señor Procurador General no tuvo la condición de parte dentro de los trámites de tutela objeto de revisión en la sentencia T-970 de 2014, la Corte ha admitido la legitimación del Ministerio Público para formular solicitudes de nulidad contra las sentencias que adoptan las salas de revisión, en especial aquellas relativas a la potestad de intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (Art. 277-7 C.P.).

3.5.1.2. En lo que respecta a la oportunidad en la presentación de la solicitud, se tiene que, según el expediente que reposa en esta Corte, la solicitud de nulidad recibida por la Secretaría de la Corte fue radicada el 3 de marzo de 2014, a la vez que tan sólo hasta el 4 de marzo se envió el expediente y constancia de notificación al Juzgado Décimo Civil Municipal de la ciudad de Medellín. Con base en la anterior información, la Sala concluye que fue formulada oportunamente.

3.5.2. Cumplimiento de los presupuestos materiales

Luego de hacer una identificación de las principales acusaciones formuladas por la Procuraduría General de la Nación a la sentencia T-970 de 2014, la Sala Plena procederá a resolver dicha petición. Para tal propósito, dividirá el caso concreto conforme a los cargos elevados por el Ministerio Público.

3.5.2.1. La sentencia T-970 de 2014 no introduce un cambio de jurisprudencia respecto de la sentencia C-239 de 1997.

Según el señor Procurador, la sentencia T-970 de 2014 desconoció la ratio decidendi de las sentencias C-239 de 1997 y C-233 de 2014. Destaca el Ministerio Público que solo la Sala Plena puede variar la jurisprudencia de la Corte, y ésta es, en su concepto, razón suficiente para declarar nula la providencia atacada. Aunque el escrito de nulidad no presenta de manera clara y coherente las reglas jurisprudenciales que habrían sido quebrantadas por la Sala Novena de Revisión, procede la Sala Plena a interpretar dicha solicitud en aras de suministrar una respuesta a las inquietudes formuladas por la Procuraduría.

En primer lugar, es importante resaltar que esta Corte comparte la posición de la Procuraduría según la cual, las sentencias de constitucionalidad, a pesar de no ejercer control concreto, son vinculantes para las salas de revisión. Para esta Corporación, es claro que la sentencia C-239 de 1997 constituye una norma jurídica de obligatorio cumplimiento que vinculaba a la Sala Novena de Revisión. En efecto, en aquella oportunidad, la Corte resolvió un problema de especial trascendencia para el caso que fue objeto de estudio en el fallo atacado.

En el presente caso no se está ante un precedente jurisprudencial en sentido estricto. Esto es, no se identifica por parte de la Procuraduría una línea jurisprudencial clara, consistente y reiterada sostenida por la Sala Plena de la corporación frente a situaciones fácticas que puedan ser consideradas análogas a la examinada en la sentencia T-970 de 2014 y que por ende resultara vinculante para la Sala Novena de Revisión. Sin embargo, sí existía para ese momento un pronunciamiento de control abstracto de constitucionalidad que consignaba una *ratio decidendi* que resultaba relevante para resolver el caso concreto, y por ende vinculante para la Sala Novena de Revisión.

Dicho esto, observa la Sala Plena que la Sentencia T-970 de 2014 respetó a cabalidad la razón de la decisión fijada por la Sala Plena de esta Corporación en la C-239 de 1997, pues las razones que utilizó este Tribunal para tomar su decisión en sede de control abstracto, no solo fueron reiteradas, sino que, en aras de garantizar y fijar el contenido del derecho fundamental a la muerte digna, fueron desarrolladas en el fallo cuestionado.

En efecto, en la sentencia C-239 de 1997 la Corte se enfrentó al siguiente problema jurídico: ¿es ajustado a la Carta que el legislador haya penalizado el homicidio por piedad, cuando quiera que medie el consentimiento del sujeto pasivo descrito en el tipo penal? La Corte respondió negativamente a este interrogante. Para esta Corporación, cuando el sujeto pasivo: (i) padezca de una enfermedad que le produzca dolor y sufrimiento intenso; (ii) haya manifestado su consentimiento; y (iii) la muerte sea provocada por un sujeto activo calificado (médico), la conducta no es considerada un delito pues el enfermo está ejerciendo su derecho fundamental a morir dignamente.

En palabras de la Corte:

“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.

(...) 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.

(...) 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”

Para arribar a esta conclusión, la Corte destacó de manera primordial, especial y continua, el valor del derecho a la vida dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para la Corte, la vida “no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”. Por tanto, “(...) 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”.

En consonancia con lo anterior, la Corte no sólo declaró la ausencia de responsabilidad penal bajo las hipótesis señaladas anteriormente. También, sostuvo categóricamente que el derecho a morir dignamente es un verdadero derecho fundamental que emana del derecho a vivir con dignidad y que debe ser garantizado eficazmente, para respetar la supremacía constitucional.

En palabras de la sentencia C-239 de 1997:

“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” (negrilla fuera del texto).

En este orden de ideas, la sentencia C-239 de 1997 sí resultaba vinculante para la Sala de Revisión en lo que tiene que ver con la despenalización del homicidio piadoso, es decir, con el problema jurídico resuelto por la Corte en esa oportunidad. No obstante, advierte la Sala, la sentencia T- 970 de 2014, al contrario de lo manifestado por el señor Procurador, respetó fielmente el precedente emitido por la Sala Plena, e incluso, lo desarrolló en lo concerniente a la naturaleza fundamental del derecho a morir dignamente. A pesar de que la Sala Novena de Revisión se encontraba ante un escenario constitucional completamente diferente al enfrentado en la sentencia C-239 de 1997 - ya no la penalización del homicidio por piedad, sino la garantía del derecho a morir dignamente-, la sentencia T-970 de 2014 reiteró y

adecuó al caso concreto examinado, la razón de la decisión fijada en la decisión de control abstracto reseñada.

Contrario a lo que señala el Procurador, la sentencia acusada se encargó de examinar y reiterar la regla fijada por la Corte en la sentencia C-239 de 1997 en gran parte de su argumentación, para luego concluir que “la eutanasia y otras prácticas médicas como las reseñadas en el capítulo anterior, bajo determinadas condiciones, no son delito, sino que también, reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de fundamental. Al ser así, los efectos de esa decisión serían especiales. De igual manera, fijó algunos criterios para que el legislador reglamentara ese derecho y estableciera pautas, criterios, procedimientos, etc. a fin de materializarlo”.

La Sala Novena de Revisión al proferir la sentencia censurada partió del reconocimiento de los patrones fácticos diversos que gobernaban la sentencia C-239 de 1997 y aquellos que originaron la sentencia T-970 de 2014. Sin embargo, fue a partir del respeto por la ratio decidendi fijada en la sentencia de control abstracto que resolvió el caso concreto examinado en sede de revisión de tutela.

Así, mientras que en la sentencia C-239 de 1997, la Sala Plena consignó los requisitos que deben concurrir para que la conducta descrita en el tipo de “homicidio por piedad” no sea considerada punible, en la sentencia T-970 de 2014 la Sala Novena de Revisión debió enfrentar un problema concreto consistente en “determinar si la EPS Coomeva desconoció los derechos fundamentales a la vida digna, la muerte digna y la dignidad humana de la señora Julia, al negarse a practicarle el procedimiento de eutanasia, a pesar de su solicitud expresa, en circunstancias de dolor extremo derivadas del cáncer de colón que padecía y que a la postre causó su muerte, basando la negativa en que (i) la peticionaria no se hallaba en condiciones de expresar su consentimiento libre e informado, y (ii) no existe una ley expedida por el Congreso que permita llevar a cabo el procedimiento”.

Como lo reconoció explícitamente la sentencia T-970 de 2014, si bien para ese momento la Corte no había resuelto casos concretos que presentaran un patrón fáctico similar y que por ende se constituyeran en precedentes aplicables, sí identificó con claridad y pertinencia que la sentencia C-239 de 1997 contenía una ratio decidendi que la vinculaba y por consiguiente la solución del caso concreto puesto a su consideración debía ceñirse a los parámetros fijados en dicho pronunciamiento. En tal sentido la Sala Novena disertó:

“a partir de ese momento [Sentencia C-239 de 1997], este Tribunal Constitucional no ha estudiado un caso con similares características, motivo por el cual la Sala estima como indispensable recapitular las principales reglas de esta providencia, haciendo énfasis en el consentimiento libre e informado del paciente, y la ausencia de legislación y protocolos médicos como obstáculos para la plena vigencia de los derechos fundamentales”.

Por consiguiente, la Sala Novena de Revisión resolvió en la sentencia T-970 de 2014 el primer caso, en sede de control concreto, sobre el derecho a morir dignamente, y como se demostró, el fundamento de esta decisión fue la ratio decidendi fijada en la sentencia C-239 de 1997. De manera que, ante la inexistencia

de un precedente de unificación sentado por la Sala Plena en sede de control concreto, o de jurisprudencia en vigor emanada de otras Salas de Revisión, la Sala Novena desarrolló el marco constitucional fijado en la sentencia C-239 de 1997 sobre el derecho a morir dignamente a fin de resolver el problema que le fue planteado en dicha oportunidad.

Reitera la Sala que en la sentencia acusada se ordenó la elaboración de un protocolo eminentemente técnico, que, como su nombre lo indica, desarrolla aspectos científicos que no definen el contenido de un derecho fundamental. En consecuencia, no es de recibo el argumento planteado por la Procuraduría según el cual se ordenó reglamentar un derecho fundamental, pues el propósito de la orden cuestionada es, precisamente, hacer operativo científicamente el derecho.

Así las cosas, no encuentra la Sala Plena que se estructure la causal de desconocimiento del precedente jurisprudencial aducido por la Procuraduría respecto de la sentencia C-239 de 1997, en lo que concierne al alcance del derecho fundamental a morir dignamente.

Tampoco advierte la Sala que se estructure la causal de desconocimiento del precedente vertido en la mencionada sentencia de constitucionalidad, por el hecho de que la Sala Novena de Revisión se haya pronunciado en la T-970 de 2014 sobre el alcance del derecho a morir dignamente, pese a que la Sala Plena en la sentencia de 1997 exhortó al Congreso a legislar sobre la materia. Al respecto cabe precisar que no obstante que esa acusación no se funda en argumentos claros y consistentes atinentes al desconocimiento del precedente jurisprudencial, conviene destacar que el diseño constitucional contempla dos grandes intérpretes de los derechos fundamentales: uno es el legislador estatutario, a quien de conformidad con el artículo 152 de la Carta Política se le confía la tarea de desarrollarlos integralmente; otro es el Tribunal Constitucional a quien se le confía la guarda e integridad de la supremacía constitucional, y en ese marco, el desarrollo del alcance de sus preceptos, incluidos los que consagran derechos fundamentales. No puede plantearse un conflicto entre estas dos competencias constitucionales, pues el hecho de que en 1997 la Corte hubiera exhortado al Congreso a cumplir su función de configuración legislativa respecto de este derecho fundamental, no implica una renuncia de la Corte a su tarea de definir el alcance de los derechos a través de su interpretación autorizada frente a casos concretos.

3.5.2.2. La sentencia T-970 de 2014 no introduce un cambio de jurisprudencia respecto de la sentencia C-233 de 2014.

El señor Procurador General de la Nación también considera que la Sala Novena de Revisión desconoció el precedente fijado en la sentencia C-233 de 2014 por dos razones: (i) porque al proferir la sentencia T-970 de 2014, el juez constitucional suplantó las funciones del legislador y, (ii) porque la orden cuarta dispuso que el Ministerio de Salud debería reglamentar un derecho que tiene reserva de ley estatutaria.

En relación con esta censura observa la Corte que la solicitud del Ministerio Público parte de un entendimiento inexacto del precedente constitucional aplicable al caso,

así como de las motivaciones que fundamentaron las órdenes emitidas por la Sala Novena de Revisión.

En primer lugar, si bien la sentencia C-233 de 2014 puntualizó que la regulación de temas que limitaran el derecho a la vida tenía reserva estatutaria, en aquella oportunidad, lo que resolvía esta Corporación era la constitucionalidad de las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley que reglamentaba los denominados cuidados paliativos. En esa oportunidad, la Corte tuvo que definir si dichas objeciones, vulneraban la reserva estatutaria de que gozan los derechos fundamentales, comoquiera que, en la norma controvertida, se establecían, según el gobierno, limitaciones al derecho a la vida.

La Corte concluyó que:

“[A] partir de lo expresado en la anterior consideración, la Sala considera que el aparte objetado no regula aspecto alguno en relación con la terminación de la vida del paciente, ni determina el momento de la muerte del paciente; y, aunque implícito en las dos afirmaciones anteriores, tampoco otorga al médico posibilidad alguna de decidir sobre la terminación de la vida de un paciente. [En efecto, la] reserva de ley estatutaria sólo puede prosperar si en efecto el contenido del proyecto de ley 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara, i) busca actualizar, configurar o definir un derecho fundamental; o ii) determinar el contenido esencial de un derecho fundamental para hacerlo acorde con los cambios o variaciones fruto de la jurisprudencia constitucional; o iii) si tiene como objeto directo el desarrollo de derechos fundamentales; o iv) si busca afectar o desarrollar elementos estructurales de un derecho fundamental”.

A partir de lo anterior, esta Corte concluye que la sentencia T-970 de 2014 tampoco desconoció la ratio decidendi de la sentencia C-233 de 2014. En primer lugar, no es aceptable la acusación del Ministerio Público según la cual el juez constitucional desconoce las competencias del legislador cuando desarrolla un derecho fundamental. Esta Corte ha sido reiterativa en indicar que es guardiana de la Constitución y como tal, debe interpretar el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Ese aspecto, fue destacado, particularmente, en la sentencia acusada en los siguientes términos:

“Han transcurrido más de diecisiete años sin que el Legislador haya expedido una ley sobre este tema. Esa situación lleva a la Sala a preguntarse si ¿es condición indispensable la voluntad del legislador para que los derechos fundamentales tengan fuerza normativa? O visto de otra forma, ¿es eso suficiente para que en la práctica no se pueda realizar la eutanasia? Vale la pena recordar la Sentencia C-139 de 1996 cuando la Corte tuvo que enfrentarse a un problema de similares características. En aquella ocasión, en relación con la ausencia de legislación que regulara derechos étnicos, esta Corporación sostuvo que “no es cierto, entonces, como lo afirman los demandantes, que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que, si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto legislativo”.

Evidentemente, la garantía y efectividad de los derechos no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Sin duda es un actor muy importante en la protección de los derechos fundamentales, pero la Constitución, siendo norma de normas, es una norma jurídica que incide directamente en la vida jurídica de los habitantes y se debe utilizar, además, para solucionar casos concretos”.

En segundo lugar, es cierto como lo señala el señor Procurador que la sentencia C-233 de 2014 estableció que la limitación del derecho a la vida debe ser regulado por una ley, pero no resulta fidedigno su entendimiento de la sentencia acusada en el sentido que la Sala Novena de Revisión habría ordenado al Ministerio de Salud la regulación del derecho a morir dignamente a través de una norma de carácter administrativo.

Si se observan tanto la motivación como las órdenes emitidas en la sentencia T-970/14, resulta evidente que la directriz emitida por la Corte está referida a la elaboración de un “protocolo médico” de carácter netamente técnico. En tales condiciones se trata de instrumento cuyo propósito no es actualizar, configurar o definir un derecho fundamental; como tampoco determinar su contenido esencial o proveer a su desarrollo; o desarrollar o afectar elementos estructurales del mismo (C-233 de 2014).

Tan es así que la sentencia atacada, en sus consideraciones, establece que el “Ministerio deberá elaborar un protocolo médico consensuado con la academia médica, psicológica, jurídica, y las organizaciones sociales, que sugiera a los médicos cuál es el procedimiento técnico a utilizar en estos casos. Dicho protocolo no podrá definir ni el contenido del derecho fundamental a la muerte digna, ni obligaciones adicionales a las establecidas en esta providencia” (negrilla por fuera del texto). Como se puede apreciar, la función encargada al Ministerio no desborda las competencias del ejecutivo, en la medida en que se le ordena cumplir con las funciones previstas en la Constitución y la ley. La sentencia explícitamente deja sentados el marco y los límites constitucionales en los que el Ministerio ejercerá su función técnica y especializada orientada a adoptar los protocolos que establezcan los cauces técnicos y administrativos indispensables para posibilitar operativamente el ejercicio del derecho a morir dignamente.

La sentencia T-970 de 2014 no solamente estableció la naturaleza y el alcance del derecho fundamental a morir dignamente con base en las sentencias C-239 de 1997 y 233 de 2014, sino que apoyada en esas decisiones de Sala Plena diseñó unos presupuestos y criterios orientadores para el ejercicio de este derecho. De modo que no es exacta la afirmación del solicitante de la nulidad en el sentido que se delegó en el Ministerio la determinación de elementos esenciales de este derecho fundamental. Se reitera que la concurrencia del Ministerio de Salud se planteó en el estricto marco de sus competencias legales como ente responsable de la vigilancia y control de las políticas públicas en materia de salud.

En suma, la Sala Plena encuentra que la sentencia T-970 de 2014 se sustentó en precedentes judiciales definidos, los cuales declaran y reconocen el fundamental a la muerte digna, mandato constitucional evidenciado en sentencias de control abstracto de constitucionalidad, entre ellas las decisiones C-239 de 1997 y C-233 de 2014.

Los desarrollos plasmados en la C-790 de 2014 se sustentan en los argumentos que conformaron la razón de la decisión de las referidas sentencias de Sala Plena.

Ahora bien, los considerandos de la sentencia T-970 de 2014 que hicieron referencia a la muerte digna, tienen carácter complementario a dichas ratio decidendi. En efecto, la exposición sobre el hilo argumentativo de la decisión cuestionada demuestra la inclusión en esta de lo decidido por la Sala Plena de la Corte en las sentencias C- 239 de 1997 y C-233 de 2014. No obstante, en consideración a que era preciso resolver un caso concreto, el fallo cuestionado incorporó un argumento adicional para el reconocimiento del derecho a la muerte digna: la ausencia de regulación no es razón suficiente para que la efectividad de los derechos fundamentales tenga plena vigencia en la vida jurídica de las personas.

A partir de las anteriores consideraciones la Sala encuentra que el reclamo del señor Procurador General de la Nación está realmente fundado en su discrepancia sustantiva frente a las conclusiones a las que arribó la Corte Constitucional respecto del contenido y alcance del derecho fundamental a morir dignamente. No de otra manera puede comprenderse que en la solicitud de nulidad de la referencia se discutan aspectos que pretenden reabrir la controversia ventilada en la sentencia acusada. Esta clase de cuestionamientos no son de recibo en el ámbito de un trámite de nulidad de una sentencia, puesto que se oponen a la cosa juzgada constitucional, mandato que en los términos del artículo 243 C.P. cubre a todos los ciudadanos, y desde luego, a los servidores públicos.

Las anteriores constataciones conducirán a la Sala a negar la solicitud de nulidad formulada por el señor Procurador General, con base en la causal denominada desconocimiento del precedente constitucional. Como se observa, la sentencia T-970 de 2014 no hizo nada distinto que reiterar una regla de decisión suficientemente definida por la jurisprudencia de este Tribunal justamente en las sentencias de constitucionalidad que se invocan como desconocidas (C-239 de 1997 y C-233 de 2014).

3.5.2.3. La sentencia T-970 de 2014 no incurrió en la causal de nulidad consistente en proferir órdenes a quienes no fueron vinculados al proceso de tutela.

En relación con el cargo relativo a la violación del debido proceso por desconocimiento de los presupuestos procesales de la acción de tutela, el Ministerio Público manifestó que la sentencia acusada es nula por tres razones: (i) porque se emitió una orden respecto de una entidad que no violó derechos fundamentales; (ii) porque se integró indebidamente el contradictorio y; (iii) se desconoció la naturaleza inter partes de la acción de tutela.

Esta Sala encuentra que la censura principal del Ministerio Público se origina en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia T-970 de 2014, el cual se transcribe a continuación:

“CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Salud que, en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de esta providencia, emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del

que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión. De igual manera, el Ministerio deberá 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”.

De acuerdo con el planteamiento del Ministerio Público la Sala Novena habría violado el debido proceso constitucional pues no vinculó formalmente al Ministerio de Salud, respecto del cual, se dictaron órdenes. En consecuencia, a juicio de la Procuraduría, no se integró debidamente el contradictorio, se desconoció la naturaleza inter partes de la acción de tutela y, finalmente, se condenó por la violación de derechos fundamentales a quien no concurrió al proceso.

Este planteamiento obliga a la Sala a efectuar algunas precisiones. En primer lugar, la censura parte de una apreciación errónea acerca de los sujetos involucrados en la controversia originada en la vulneración de derechos fundamentales que dio lugar a la instauración de la acción de tutela.

Como ha quedado establecido, a partir de los antecedentes de la sentencia T-970 de 2014, la Sala Novena de Revisión resolvió sobre la vulneración de los derechos fundamentales de la actora originada en la conducta de Coomeva- EPS, entidad que, pese a concurrir los elementos del derecho a la muerte digna fijados en la sentencia C-239 de 1997, se negó a autorizar la práctica del procedimiento médico de eutanasia. Por ese motivo, declaró que fue esta la entidad que lesionó los derechos fundamentales de la señora Julia. En consecuencia, la Procuraduría parte de un supuesto equivocado en tanto concluye que el Ministerio de Salud fue la entidad causante de la vulneración.

La circunstancia mencionada pone de presente que los extremos de la litis fueron claramente identificados por la sentencia T-970 de 2014. En ese orden de ideas, las órdenes que se emitieron al Ministerio de Salud y al Congreso de la República, se produjeron en el marco de sus competencias constitucionales y legales, y no como consecuencia de una acusación en su contra por la vulneración de un derecho fundamental.

Cabe precisar que, si bien el Ministerio de Salud no fue citado formalmente como parte acusada en el curso de la tutela, en tanto no se le atribuyó la vulneración de un derecho fundamental, sí fue convocado, al igual que ocurrió con la Superintendencia de Salud, como ente rector de la política pública en materia de salud.

Para responder a esta censura conviene recordar que el alcance y los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional ha sido una materia que ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia constitucional. Dos decisiones, especialmente relevantes sobre el tema, la C-113 de 1991 y la C-131 de 1991, plantearon la posibilidad de superar la rigidez que emanaba del artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (inciso 2º) según el cual los efectos de las decisiones adoptadas en sede de tutela solo se producen entre las partes.

En consideración a los fines propios de la función de revisión de tutelas que se atribuye a esta corporación, la cual trasciende la solución del caso concreto, esta Corte ha sido constante en permitir que los efectos de sus sentencias se definan de

manera definitiva en los escenarios legislativo y reglamentario. El fundamento central de estas decisiones es el inciso inicial del artículo 241 Superior que le confiere a la Corte la tarea de guardar la supremacía e integridad de la Constitución la cual solo puede cumplirse adecuadamente si es la propia Corte la que determina, al evaluar el remedio judicial adecuado para cada problema jurídico, el efecto de sus sentencias.

Con base en los anteriores razonamientos, la Corte ha proferido órdenes que involucran órganos estatales que, si bien no fueron vinculados a la tutela como partes acusadas, en virtud de las competencias constitucionales y legales que les han sido asignadas, se requiere de su concurrencia para dar una respuesta integral al problema iusfundamental planteado. Ello ocurre cuandoquiera que, para la satisfacción de un derecho, la Corte deba adoptar un remedio judicial que sea efectivo para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, mucho más tratándose de entidades del Estado que, dentro de sus obligaciones constitucionales, se encuentran incorporadas aquellas previsiones que son objeto del exhorto de la Corte.

Pues bien, este es el caso de la sentencia T-970 de 2014. Luego de construir un marco teórico sobre el derecho fundamental a morir dignamente y de diseñar, conforme a la jurisprudencia vigente, unos presupuestos y criterios que deben ser tenidos en cuenta para la efectividad de este derecho fundamental, la Corte ordenó al gobierno la elaboración de un protocolo médico de carácter técnico que adecuara operativamente los canales institucionales para la eficacia del derecho. Esa decisión obedece no a la constatación de la vulneración a derechos fundamentales en el caso concreto por parte de esa institución, sino a la necesidad de convocar su concurso en el marco de sus funciones constitucionales y legales, para la efectividad del derecho.

La orden impartida al Ministerio de Salud y Protección Social se enmarca dentro de las competencias que el orden jurídico le señala como instancia administrativa encargada de formular, dirigir y orientar la política pública en materia de salud, así como ente responsable de la promoción de acciones para “la divulgación del reconocimiento y goce de los derechos de las personas en materia de salud, promoción social, y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida”, tal como lo regula el artículo 59 de la Ley 489 de 1998:

“1. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social.

3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades.

(...) 5. Dirigir y orientar el sistema de vigilancia en salud pública.

(...) 7. Promover e impartir directrices encaminadas a fortalecer la investigación, indagación, consecución, difusión y aplicación de los avances nacionales e internacionales, en temas tales como cuidado, promoción, protección, desarrollo de la salud y la calidad de vida y prevención de las enfermedades.

(...) 24. Promover acciones para la divulgación del reconocimiento y goce de los derechos de las personas en materia de salud, promoción social, y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida.

(...) 25. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de las organizaciones comunitarias, las entidades no gubernamentales, las instituciones asociativas, solidarias, mutuales y demás participantes en el desarrollo de las acciones de salud.

(...) 26. Promover la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución de las actividades de salud, riesgos profesionales y promoción social a cargo del Ministerio.

(...) 30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias”.

Conforme a lo señalado, no se evidencia vulneración del debido proceso por parte de la sentencia T-970 de 2014, fundada en la ausencia o indebida vinculación procesal, toda vez que las órdenes impartidas al Ministerio de Salud y Protección Social se proferieron con el fin de que concurra, en el marco de sus competencias normativas, a dar solución institucional al problema estructural que la demanda de tutela puso en evidencia en un asunto de salud pública que compromete derechos fundamentales, y no como consecuencia de haberse hallado responsable de la vulneración al derecho fundamental invocado.

De igual forma, es importante resaltar que, mediante auto del 5 de febrero de 2014, la Sala Novena de Revisión solicitó concepto técnico al Ministerio de Salud, sin obtener respuesta. Desde ese momento, además, pudo conocer la existencia del proceso.

Al no hallarse acreditada ninguna de las causales de nulidad invocadas en su escrito por la Procuraduría General de la Nación, la Sala Plena de la Corte Constitucional negará la solicitud de nulidad de la sentencia T-970 de 2014 proferida por la Sala Novena de Revisión.

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional, en Sala Plena,

RESUELVE:

PRIMERO. - NEGAR LA NULIDAD formulada por el Procurador General de la Nación contra la Sentencia T-970 de 2014, proferida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional.

SEGUNDO. - Comuníquese la presente providencia al señor Procurador General de la Nación, con la advertencia que contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto
adherido doctora Gloria S. Ortiz

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente
ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
AL AUTO 414A/15
POR MEDIO DEL CUAL SE RESOLVIÓ LA NULIDAD
DE LA SENTENCIA T-970 DE 2014

Expediente T-4.067.849 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

A continuación, expongo los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria tomada por la Sala.

Tal y como lo manifesté en el salvamento de voto de la sentencia T-970 de 2014, considero que la Sala de Revisión excedió sus competencias al incorporar en la tutela de la referencia una regulación de carácter eminentemente técnico sobre el derecho a morir dignamente. Esta competencia corresponde de manera exclusiva al Congreso de la República y no podía ser asumido por la Sala de Revisión de Tutelas.

En este orden de ideas, si bien concuerdo con el hecho de que las solicitudes de nulidad exigen una carga argumentativa exigente, reitero mi posición frente al asunto de la referencia.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
AL AUTO 414A/15

Ref: Expediente T-4.067.849
Solicitud de nulidad de la sentencia T-970 de 2014.
Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, y en particular a las de su Sala Plena, me permito expresar las razones que en esta oportunidad me llevaron a apartarme de la decisión mayoritaria, por la cual se denegó la nulidad solicitada por el Procurador General de la Nación.

Mi discrepancia consiste en que considero que en este caso ha debido prosperar la primera de las causales de nulidad aducidas, relacionado con el indebido cambio de la jurisprudencia constitucional por parte de la Sala Novena de Revisión de Tutelas, al expedir la referida sentencia T-970 de 2014.

Lo anterior por cuanto, el extenso desarrollo que en torno a la aplicación de la eutanasia se hace en la sentencia T-970 de 2014 depende necesariamente del supuesto de que el fallo C-239 de 1997 esclareció la existencia del llamado derecho fundamental a morir dignamente, cuya efectividad ahora se reclamaba.

Sin embargo, lo cierto es que la citada sentencia de constitucionalidad no tiene tal contenido, pues como se recordará y puede comprobarse al releer su texto, tal decisión solo tuvo por objeto la supuesta inconstitucionalidad del tipo penal entonces denominado homicidio por piedad, cuya benigna penalización, en concepto del actor, "...por su levedad, constituye una autorización para matar ". En ese caso, y es este el auténtico contenido de la sentencia C-239 de 1997, la Corte no accedió a lo pedido, al considerar que el especial contexto en el que en ese escenario se

favorece la ocurrencia de la muerte de un paciente terminal, justificaba la penalización atenuada prevista en la norma acusada, y aún la no sanción del supuesto infractor, en vista de las extremas y particulares circunstancias en que tal fallecimiento se produce.

Ahora bien, aun cuando es cierto que en ese importante fallo la Corte señaló que "El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente", según puede comprobarse con su lectura, tal afirmación tuvo apenas el carácter de un obiter dicta, y, en manera alguna, el de ratio decidendi o razón principal de la decisión, que a futuro pudiera dar lugar a una decisión como la ahora contenida en el fallo T-970 de 2014, cuya nulidad ha debido, en consecuencia, ser declarada por esta Corporación.

Así las cosas, sin perjuicio de reconocer la dramática situación por la que atravesó la persona cuya solicitud dio lugar a la expedición de la referida sentencia T-970 de 2014, lo mismo que el hecho de que para cuando ésta se expidió, el legislador no había atendido aún el exhorto contenido en la sentencia C-239 de 1997, situación que así mismo permanece invariable a la fecha, estimo indudable que tales circunstancias no habilitaban a la Sala Novena de Revisión para hacer pronunciamientos y tomar decisiones supuestamente derivadas de la existencia de un derecho fundamental que nunca antes había sido deducido por la jurisprudencia de esta corporación, como se pretendió sostener.

Son estas las razones por las cuales no acompañé en este caso la decisión de la mayoría, por la cual se denegó la nulidad solicitada.

Fecha ut supra,
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
AL AUTO 414A/15

Referencia: Solicitud de nulidad de la sentencia T-970 de 2014 (expediente T-4.067.849), presentada por la Procuraduría General de la Nación.

Asunto: solicitud de nulidad por el presunto desconocimiento de la jurisprudencia en vigor y la expedición de órdenes sin haber vinculado a la entidad destinataria de las mismas.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación, presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión del 16 de septiembre de 2015.

En efecto, comparto la decisión de la Sala consistente en negar la solicitud de nulidad interpuesta por el Procurador General de la Nación contra de la Sentencia T-970 de 2014, pues considero que en este caso no se demostró que la sentencia censurada incurriera en alguna causal de nulidad por la violación del derecho al debido proceso de la entidad incidentante o de alguna persona en el proceso y, en esa medida, se debe negar la solicitud.

En particular, en el auto de la referencia se estableció que la sentencia cuya nulidad se solicitó: (i) no cambió la jurisprudencia en relación con la facultad para regular la muerte asistida, pues reiteró las reglas fijadas en sede de control abstracto y, en ejercicio de su función de guarda de la Constitución, la Corte desarrolló el contenido de tal derecho a través de su interpretación autorizada frente a casos concretos; (ii) tampoco modificó la jurisprudencia en relación con la sentencia C-233 de 2014, porque a pesar de que en esa providencia se estableció que el derecho a la vida debe ser regulado mediante una ley estatutaria, en la sentencia T-970 de 2014 la Corte no emitió una regulación, sino que ordenó al Ministerio de Salud adoptar un protocolo médico de carácter técnico; y (iii) no incurrió en una causal de nulidad al haber proferido órdenes a quienes no fueron parte del proceso, pues la orden dirigida al Ministerio de Salud no se dictó como consecuencia de que se hubiera declarado la vulneración de los derechos de la accionante por parte de la entidad, sino por haberse advertido una omisión en el ejercicio de sus funciones ante la falta de protocolos.

No obstante, aclaro mi voto porque considero que en esta decisión el examen de los requisitos generales de procedencia de la solicitud de nulidad no fue exhaustivo. En particular, se debió analizar más a fondo la legitimación de la Procuraduría General de la Nación para presentar la solicitud de nulidad de la referencia, pues en la decisión simplemente se estableció que la entidad estaba habilitada para intervenir porque "(...) la Corte ha admitido la legitimación del Ministerio Público para formular las solicitudes de nulidad contra las sentencias que adoptan las salas de revisión, en especial aquellas relativas a la potestad de intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales."

En particular, cabe aclarar que en el caso concreto no se verifica la legitimación de la Procuraduría General de la Nación. En efecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los Autos 282 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y 283 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) estableció que, de conformidad con el artículo 277 de la Carta Política, dicha entidad tiene la competencia para intervenir en los trámites constitucionales que se adelantan ante esta Corporación desde dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva.

La dimensión objetiva comprende la guarda del interés público. Encuentra fundamento en el deber de la Procuraduría General de la Nación de intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico y del patrimonio público, es decir, el respeto del ordenamiento jurídico.

La esfera subjetiva incluye la intervención en los conflictos individuales o particulares. Tiene fundamento en las funciones de la entidad de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos

administrativos, proteger los derechos humanos, asegurar su efectividad, y defender los derechos y garantías fundamentales.

Con fundamento en tales funciones, es preciso concluir que en este caso no era claro si se cumplía con el presupuesto de la legitimación activa porque la Procuraduría no presentó la solicitud en ejercicio de las facultades antes descritas. Lo anterior ocurre por dos razones: (i) a partir la dimensión objetiva de sus funciones, la entidad realmente no actuó en defensa del orden jurídico; y (ii) en relación con la faceta subjetiva de sus competencias, la Procuraduría no presentó alguna razón que la legitimara para solicitar la nulidad de la sentencia, ni representó a las partes del proceso, quienes tenían la capacidad de iniciar el incidente de nulidad ante la posible vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

En relación con la dimensión objetiva de las funciones de la Procuraduría, es preciso aclarar que, a pesar de que en su solicitud ésta afirmó actuar en defensa del orden jurídico, las censuras relativas al desconocimiento del precedente se dirigen a cuestionar los lineamientos sobre el derecho a morir dignamente y la orden consistente en que se expida un reglamento sobre el tema.

Sobre el particular, estimo que no existe un fundamento claro para interponer la nulidad en este caso por el supuesto desconocimiento del orden jurídico, por cuanto la defensa de éste se limitaba a expresar la opinión jurídica del Ministerio Público y, en esas circunstancias, la nulidad de las sentencias no puede ser una instancia para imponer o cambiar la interpretación autorizada que hace este Tribunal de la Carta Política. En efecto, el hecho de que la Corte Constitucional adopte una posición jurídica distinta a la de la Procuraduría, no implica que ese órgano de control se encuentre legitimado para solicitar la nulidad de las sentencias de esta Corporación cada vez que no esté de acuerdo con una posición jurídica determinada; aceptar esa tesis implicaría concederle al Ministerio Público la facultad de utilizar un verdadero recurso contra las sentencias de la Corte.

Así pues, el hecho de que la Procuraduría no esté de acuerdo con el alcance dado al derecho a morir dignamente y la obligación a cargo del Ministerio de Salud de expedir un reglamento, derivada de ese derecho, no justifica su legitimación para actuar “en defensa del orden jurídico”.

De otro lado, en cuanto a la dimensión subjetiva de las competencias del Ministerio Público, la Procuraduría tampoco está legitimada por activa para presentar la tutela, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, el incidente de nulidad no se inició con el objetivo de proteger derechos fundamentales subjetivos, pues las censuras planteadas a la sentencia T-970 de 2014 no tienen como finalidad poner de presente la vulneración del derecho al debido proceso de la accionante, quien presentó la tutela para que le fuera amparado su derecho a tener una muerte digna.

En este sentido, es claro que el Ministerio Público no solicita la nulidad de la sentencia en representación de la actora, ni justifica su actuación en que ésta esté en alguna situación de vulnerabilidad y se encuentre ante la posible transgresión su

derecho fundamental al debido proceso, o al derecho fundamental de terceros afectados con la decisión.

En segundo lugar, es preciso aclarar que no existe fundamento para que la Procuraduría acuda a la solicitud de nulidad ante la falta de vinculación del Ministerio de Salud. En efecto, la Nación goza de personería jurídica y ésta tenía la facultad para solicitar la nulidad de la sentencia en caso de considerar que al recibir una orden sin haber sido vinculada al trámite de la tutela se había violado su derecho al debido proceso, lo cual no ocurrió porque no estimó que esa garantía fundamental le hubiera sido afectada. Así pues, la entidad incidentante no estaba legitimada para solicitar la nulidad porque no era titular del derecho a defender los intereses jurídicos del Ministerio de Salud, en razón a que no representa a la Nación en este caso, ni tenía poder para actuar en tal calidad.

En tercer lugar, la Procuraduría no actuó como parte en el proceso de tutela, de modo que tampoco se acredita la posible vulneración de su derecho al debido proceso, y de esa manera se descarta su legitimación para solicitar la nulidad de la sentencia T-970 de 2014 en aras de proteger sus propios derechos.

De todo lo anterior, es preciso concluir que la Procuraduría General de la Nación no estaba legitimada para solicitar la nulidad de la sentencia de la referencia con fundamento en la faceta subjetiva de sus competencias. En efecto, este órgano de control pretendió asumir la posición de parte al solicitar la nulidad de una providencia judicial que fue producto de un proceso judicial en el que nunca participó, y tampoco acreditó que estuviera facultado para representar a alguna de las partes, quienes tienen plena capacidad para defender su derecho subjetivo al debido proceso, y pudiendo haber solicitado la nulidad de la sentencia T-970 de 2014, se abstuvieron de hacerlo.

Así, se debe aclarar que, aunque la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de que la Procuraduría instaure incidentes de nulidad contra sentencias de tutela, no se trata de una facultad absoluta y no basta con que la entidad afirme actuar en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 277 Superior, pues se debe acreditar que en efecto actúa en ejercicio de tales funciones y por consiguiente, está legitimada para proponer la nulidad en el caso particular.

En síntesis, a pesar de que comparto la posición mayoritaria de negar la nulidad, considero que esta decisión debió fundamentarse en que el Ministerio Público no estaba legitimado para solicitar la nulidad en el caso que se analiza y, en esa medida, no se acreditan los requisitos generales para que la solicitud de nulidad sea procedente.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones expuestas en el auto de la referencia.

Fecha ut supra,
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ANEXO D

RESOLUCIÓN 1216 DE 20 DE ABRIL DE 2015 Ministerio de Salud y Protección Social

Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En desarrollo de los artículos 173, numo 3', de la Ley 100 de 1993, 4' de la Ley 1438 de 2011 y 2' del Decreto-ley 4107 de 2011, en cumplimiento de la sentencia T-970 de 2014 y

CONSIDERANDO

Que la Honorable Corte Constitucional, a través de la sentencia C-239 de 1997, consideró que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho fundamental a morir con dignidad y, en dicha determinación, exhortó al Congreso de la República a expedir la regulación respectiva.

Que dicha Corporación, mediante la sentencia T-970 de 2014, comunicada a este Ministerio el 4 de marzo de 2015, resolvió "CONCEDER la acción de tutela interpuesta".

Que dentro de las determinaciones adoptadas en la sentencia T-970, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de la mencionada sentencia, "emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión.

Que una vez comunicada dicha determinación, el Ministerio de Salud y Protección Social convocó un grupo de trabajo interdisciplinario conformado por expertos académicos.

Que dicho grupo sesionó los días 27 de febrero, 6 de marzo, 16 de marzo, 20 de marzo, 10 de abril y 16 de abril, del año en curso, y dejó como soporte de su trabajo sendas ayudas de memoria en las que efectúa una serie de recomendaciones sobre las directrices que se deben emitir en cumplimiento de lo ordenado por el Alto Tribunal.

Que tomando en cuenta las recomendaciones del Grupo de Trabajo, el Ministro de Salud y Protección Social, en virtud de la complejidad de algunos temas, solicitó una ampliación del término, así como la práctica de una audiencia especial para aclarar ciertos tópicos dentro del procedimiento a morir con dignidad objeto del pronunciamiento.

Que mediante Auto 098 del 27 de marzo de 2015, la Honorable Corte Constitucional resolvió "NEGAR las peticiones elevadas por el Ministerio de Salud en relación con los plazos fijados en la Sentencia T-970 de 2014, al igual que la solicitud de Audiencia Especial, de conformidad con la parte motiva de esta providencia", razón por la cual procedió a "REITERAR los plazos establecidos en esa decisión".

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1°. Objeto. Por medio de la presente resolución se imparten directrices para la conformación y funcionamiento de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad, los cuales actuarán en los casos y en las condiciones definidas en las sentencias C- 239 de 1997 y T-970 de 2014.

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

Parágrafo. Cuando exista controversia sobre el diagnóstico de la condición de enfermedad terminal se podrá requerir una segunda opinión o la opinión de un grupo de expertos.

Artículo 3°, Criterios de la garantía del derecho fundamental a morir con dignidad. Son criterios para la garantía del derecho a morir con dignidad la prevalencia de la autonomía del paciente, la celeridad, la oportunidad y la imparcialidad, en los términos definidos en la sentencia T-970 de 2014.

Artículo 4°, Derecho a cuidados paliativos. Las personas con enfermedades en fase terminal tienen derecho a la atención en cuidados paliativos para mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales. Además, incluye el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una vida digna para el paciente.

En todo caso, de manera previa a la realización del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, se verificará el derecho que tiene la persona a la atención en cuidados paliativos.

Cuando la persona desista de la decisión de optar por tal procedimiento, se le garantizará dicha atención.

Capítulo II

De los Comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad

Artículo 5º, Organización de los Comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad. Las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- que tengan habilitado el servicio de hospitalización de mediana o alta complejidad para hospitalización oncológica o el servicio de atención institucional de paciente crónico o el servicio de atención domiciliaria para paciente crónico, que cuenten con los respectivos protocolos de manejo para el cuidado paliativo, conformarán al interior de cada entidad un Comité Científico-Interdisciplinario para el Derecho a Morir con Dignidad, en adelante el Comité, en los términos previstos en la presente Resolución.

Parágrafo. La IPS que no tenga tales servicios deberá, de forma inmediata, poner en conocimiento dicha situación a la Entidad Promotora de Salud -EPS- a la cual está afiliada la persona que solicite el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, con el propósito de que coordine todo lo relacionado en aras de garantizar tal derecho.

Artículo 6º. Conformación del Comité, Cada Comité estará conformado por tres (3) integrantes de la siguiente manera:

- 6.1. Un médico con la especialidad de la patología que padece la persona, diferente al médico tratante.
- 6.2. Un abogado,
- 6.3. Un psiquiatra o psicólogo clínico,

Tales profesionales serán designados por la respectiva IPS.

Parágrafo. Los integrantes del Comité no podrán ser objetores de conciencia del procedimiento que anticipa la muerte en un enfermo terminal para morir con dignidad, condición que se declarará en el momento de la conformación del mismo. Así mismo, deberán manifestar, en cada caso, los conflictos de intereses que puedan afectar las decisiones que deban adoptar.

Artículo 7º. Funciones, Cada Comité tendrá las siguientes funciones:

- 7.1. Revisar la determinación del médico tratante en cuanto a la solicitud que formule el paciente y establecer si le ofreció o está recibiendo cuidados paliativos.
- 7.2. Ordenar a la institución responsable del paciente, la designación, en un término máximo de 24 horas, de un médico no objetor cuando se presente objeción por parte del médico que debe practicar el procedimiento que anticipa la muerte en forma digna en un enfermo terminal.
- 7.3. Establecer, dentro de un plazo no superior a diez (10) días calendario a partir de su solicitud, si el paciente que solicita el procedimiento para morir con dignidad reitera su decisión de que le sea practicado.

7.4. Vigilar que el procedimiento se realice cuando la persona lo indique o, en su defecto, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al momento en que el paciente reitere su decisión.

7.5. Vigilar y ser garante de que todo el procedimiento para morir con dignidad se desarrolle respetando los términos de la sentencia T-970 de 2014 y que se garantice la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso, para lo cual deberá realizar las verificaciones que sean del caso.

7.6. Suspender el procedimiento que anticipa la muerte para morir con dignidad en caso de detectar alguna irregularidad y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.

7.7. Acompañar, de manera constante y durante las diferentes fases, tanto a la familia del paciente como al paciente en ayuda psicológica, médica y social, para mitigar los eventuales efectos negativos en el núcleo familiar y en la situación del paciente.

7.8. Verificar, en el caso del consentimiento sustituto, si existe alguna circunstancia que llegue a viciar la validez y eficacia del mismo.

7.9. Remitir al Ministerio de Salud y Protección Social un documento en el cual reporte todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el Ministerio realice un control exhaustivo sobre el asunto.

7.10. Velar por la reserva y confidencialidad de la información que, por causa de sus funciones, deba conocer y tramitar, sin perjuicio de las excepciones legales. El tratamiento de los datos personales deberá estar sujeto al marco jurídico de la protección de éstos.

7.11. Informar a la EPS a la cual esté afiliado el paciente de las actuaciones que se adelanten dentro del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad y mantenerse en contacto permanente con la misma.

7.12. Designar el Secretario Técnico y darse su propio reglamento.

Artículo 8º. Instalación de los Comités. El Comité, una vez integrado en los términos de la presente Resolución, tendrá una sesión de instalación en la cual adoptará el reglamento interno, designará un secretario técnico y dispondrá todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 9º. Sesiones y convocatorias. El Comité será convocado por el médico tratante que recibió la solicitud, mediante informe a la Secretaria Técnica o a cualquiera de los integrantes del Comité, al día siguiente de la recepción de la solicitud del procedimiento para morir con dignidad.

Una vez recibido el reporte del médico tratante, el Comité mantendrá permanentes sesiones con el fin de atender las funciones previstas en el artículo 7º de la presente Resolución.

Parágrafo 1º. Las sesiones de los Comités serán presenciales, sin perjuicio de la celebración de reuniones virtuales, las cuales quedarán registradas en actas.

Parágrafo 2º. En caso de duda razonable sobre los presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, el Comité podrá invitar a personas naturales o jurídicas cuyo aporte estime puede ser de utilidad para los fines encomendados al mismo. Los invitados tendrán voz, pero no voto. En todo caso, se deberá garantizar la debida reserva y confidencialidad de la información.

Artículo 10. Quórum para sesionar, deliberar y decidir. El quórum para sesionar y deliberar del Comité será el de la totalidad de sus integrantes. Las decisiones serán adoptadas, de preferencia por consenso. En caso de que el Comité no llegue a un acuerdo en alguno de los temas, se admitirá la mayoría.

Parágrafo. En el evento de que, por razones de fuerza mayor o caso fortuito o por existencia de conflictos de intereses, el Comité no pueda sesionar con la totalidad de sus integrantes, la entidad deberá designar de manera inmediata el profesional que lo reemplace del respectivo perfil.

Artículo 11º. Secretaría Técnica. La Secretaria Técnica de cada Comité será determinada por sus integrantes y la misma tendrá las siguientes funciones:

11.1. Recibir la solicitud del procedimiento para morir con dignidad y dar trámite inmediato de la misma.

11.2. Realizar la convocatoria a las sesiones subsiguientes del Comité.

11.3. Elaborar las actas correspondientes y hacer seguimiento al cumplimiento de las decisiones emanadas del Comité.

11.4. Preparar y presentar al Comité las propuestas, documentos de trabajo, informes y demás material de apoyo, que sirva de soporte a las decisiones del mismo.

11.5. Llevar el archivo documental de las actuaciones del Comité y de los soportes respectivos y mantener la reserva y confidencialidad de los mismos, así como de la información que tenga conocimiento.

11.6. Dar respuesta a los derechos de petición, las solicitudes de información y requerimientos que se formulan al Comité.

11.7. Remitir la información soporte de los procedimientos que se realicen al Ministerio de Salud y Protección Social.

11.8. Las demás funciones que sean propias de su carácter de apoyo y soporte técnico o que le sean asignadas por el Comité.

Artículo 12º. Funciones de las IPS. Son funciones de la IPS en relación con el procedimiento para morir con dignidad las siguientes:

12.1. Ofrecer y disponer todo lo necesario para suministrar cuidados paliativos al paciente que lo requiera, sin perjuicio de la voluntad de la persona.

12.2 Designar a los integrantes del Comité.

12.3. Permitir el acceso al Comité tanto a la documentación como al paciente para realizar las verificaciones que considere pertinentes.

12.4. Comunicarse permanentemente con la EPS.

12.5. Garantizar que al interior de la IPS existan médicos no objetores, de conformidad con la orden dada por el Comité, o permitir el acceso a quienes no sean objetores para la práctica del procedimiento. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en ningún caso la IPS podrá argumentar la objeción de conciencia institucional.

12.6. Facilitar todo lo necesario para el funcionamiento adecuado del Comité.

12.7. Velar por la reserva y confidencialidad de la información que, por causa de sus funciones, deba conocer y tramitar, sin perjuicio de las excepciones legales. El tratamiento de los datos personales deberá estar sujeto al marco jurídico de la protección de éstos.

Artículo 13º. Funciones de las EPS en relación con los Comités. En relación con los Comités, las EPS tendrán las siguientes funciones:

13.1. Asegurar la comunicación permanente con los miembros del Comité para conocer las decisiones que se adopten.

13.2. Tramitar con celeridad los requerimientos que le sean formulados.

13.3. Coordinar las actuaciones para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad.

13.4. Garantizar el trámite para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad cuando el caso se presente en las IPS que no tengan los servicios de que trata el artículo 50 de la presente Resolución.

Artículo 14º. Funciones de las EPS en relación con los pacientes. Respecto de los pacientes, las EPS tendrán las siguientes funciones:

14.1. No interferir, en ningún sentido, en la decisión que adopte el paciente o de quienes estén legitimados, en caso del consentimiento sustituto, en relación con el derecho a morir con dignidad mediante actuaciones o prácticas que la afecten o vicien.

14.2. Contar en su red prestadora de servicios con profesionales de la salud idóneos y suficientes para atender los requerimientos que puedan surgir en relación con la garantía del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad.

14.3. Garantizar durante las diferentes fases, tanto al paciente como a su familia la ayuda psicológica y médica, de acuerdo con la necesidad.

14.4. Garantizar toda la atención en salud derivada del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, atendiendo los criterios de que trata la sentencia T-970 de 2014.

14.5. Tramitar con celeridad las solicitudes de sus afiliados que pretendan hacer efectivo el derecho a morir con dignidad.

14.6. Velar por la reserva y confidencialidad de la información que, por causa de sus funciones, deba conocer y tramitar, sin perjuicio de las excepciones legales. El tratamiento de los datos personales deberá estar sujeto al marco jurídico de la protección de éstos.

Capítulo III

Procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad

Artículo 15°. De la solicitud del derecho fundamental a morir con dignidad. La persona mayor de edad que considere que se encuentra en las condiciones previstas en la sentencia T-970 de 2014, podrá solicitar el procedimiento a morir con dignidad ante su médico tratante quien valorará la condición de enfermedad terminal.

El consentimiento debe ser expresado de manera libre, informada e inequívoca para que se aplique el procedimiento para garantizar su derecho a morir con dignidad. El consentimiento puede ser previo a la enfermedad terminal cuando el paciente haya manifestado, antes de la misma, su voluntad en tal sentido. Los documentos de voluntades anticipadas o testamento vital, para el caso en particular, se considerarán manifestaciones válidas de consentimiento y deberán ser respetadas como tales.

En caso de que la persona mayor de edad se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, dicha solicitud podrá ser presentada por quienes estén legitimados para dar el consentimiento sustituto, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresada previamente mediante un documento de voluntad anticipada o testamento vital y requiriéndose, por parte de los familiares, que igualmente se deje constancia escrita de tal voluntad.

Parágrafo. Al momento de recibir la solicitud, el médico tratante deberá reiterar o poner en conocimiento del paciente y/o sus familiares, el derecho que tiene a recibir cuidados paliativos como tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, según lo contemplado en la Ley 1733 de 2014.

Artículo 16°. Del trámite de la solicitud del derecho fundamental a morir con dignidad. Establecida la condición de enfermedad terminal y la capacidad del paciente, el médico tratante, con la documentación respectiva, convocará, de manera inmediata, al respectivo Comité. El Comité, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la presentación de la solicitud, deberá verificar la existencia

de los presupuestos contenidos en la sentencia T-970 de 2014 para adelantar el procedimiento y, si estos se cumplen, preguntará al paciente, si reitera su decisión.

En el evento de que el paciente reitere su decisión, el Comité autorizará el procedimiento y éste será programado en la fecha que el paciente indique o, en su defecto, en un máximo de quince (15) días calendario después de reiterada su decisión. Este procedimiento tiene carácter gratuito y, en consecuencia, no podrá ser facturado.

De dicho procedimiento se dejará constancia en la historia clínica del paciente y esta documentación será remitida al Comité. El Comité, a su vez, deberá enviar un documento al Ministerio de Salud y Protección Social reportando todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el mismo realice un control exhaustivo sobre el asunto.

Artículo 17º. Desistimiento de la solicitud para morir con dignidad. En cualquier momento del proceso el paciente o, en caso de consentimiento sustituto, quienes estén legitimados para tomar la decisión, podrán desistir de la misma y optar por otras alternativas.

Artículo 18º. De la eventual presentación de la objeción de conciencia. La objeción de conciencia sólo es predicable de los médicos encargados de intervenir en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. En el evento que el médico que va a practicar el procedimiento formule tal objeción, por escrito y debidamente motivada, el Comité ordenará a la IPS para que, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a que se presente de la objeción, reasigne a otro médico que lo realice.

Capitulo IV

Vigencia

Artículo 19º. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los, 20, Abril, 2015

ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro d Salud y Protección Social

ANEXO E

PROYECTO DE LEY ORDINARIA No. 117

“por la cual se reglamentan las prácticas de la Eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1°. Objeto. Esta ley tiene el propósito de reglamentar integral y rigurosamente la forma en que se atenderán las solicitudes de los pacientes sobre la terminación de su vida en condiciones dignas y humanas; los procedimientos necesarios para tal fin y la práctica de la eutanasia y la asistencia al suicidio, por los respectivos médicos tratantes; así como, establecer los mecanismos que permitan controlar y evaluar la correcta realización de la eutanasia y el suicidio asistido, atendiendo al deber del Estado de proteger la vida.

Para cumplir con dicho propósito, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

- i) Eutanasia: Es la terminación intencional de la vida por otra persona, esto es, un tercero calificado, el médico tratante, de una forma digna y humana, a partir de la petición libre, informada y reiterada del paciente, que esté sufriendo intensos dolores, continuados padecimientos o una condición de gran dependencia y minusvalía que la persona considere indigna a causa de enfermedad terminal o grave lesión corporal;
- ii) Suicidio asistido: Consiste en ayudar o asistir intencionalmente a otra persona, el paciente, a cometer suicidio, o en proveerle de los medios necesarios para la realización del mismo, a partir de su petición libre, informada y reiterada, cuando esté sufriendo intensos dolores, continuados padecimientos o una condición de gran dependencia y minusvalía que la persona considere indigna a causa de enfermedad terminal o grave lesión corporal;
- iii) Médico tratante: Se refiere al profesional de la medicina que ha tenido la responsabilidad del cuidado del paciente, víctima de una enfermedad terminal o grave lesión corporal y que, además, de acuerdo al registro médico eutanásico y al acta de defunción, ha terminado, por petición expresa del paciente, con su vida de una forma digna y humana o le ha proveído de los medios necesarios para lograr el mismo resultado;
- iv) Médico de referencia: Es el profesional de la medicina que ha sido consultado por el médico tratante, en segunda instancia, con el objeto de lograr una confirmación médica del diagnóstico, las opciones terapéuticas y el pronóstico respectivo del

paciente que ha solicitado la terminación de su vida de una forma digna y humana, en virtud de su nivel especializado de conocimiento y experiencia en la materia;

v) Confirmación médica: Significa que la opinión médica del médico tratante ha sido confirmada, en segunda instancia, por un médico independiente, que a su vez, ha examinado al paciente y su respectiva historia clínica;

vi) Consejería: Se refiere a una, o a las consultas que sean necesarias entre un siquiatra y/o un psicólogo, o un equipo de apoyo conformado por profesionales de ambas disciplinas, y el paciente que ha solicitado reiteradamente a su médico tratante la terminación de su vida de forma digna y humana; con el propósito de determinar la situación real del paciente, la madurez de su juicio y su voluntad inequívoca de morir; así como para confirmar que no sufre de ningún desorden psiquiátrico, psicológico o de una depresión momentánea que pueda estar perturbando su juicio;

vii) Decisión informada: Significa la decisión tomada por el paciente, de solicitar u obtener una orden o prescripción médica, de su médico tratante, para terminar con su vida de una forma digna y humana, lo cual implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas: así como de las diferentes alternativas existentes en medicina paliativa, incluyendo tratamientos para el control del dolor y su pronóstico; y además, que cuenta con la capacidad suficiente para tomar la decisión;

viii) Enfermedad terminal: Significa enfermedad incurable e irreversible o lesión grave que ha sido certificada y confirmada por el médico tratante, que se estima producirá la muerte del paciente en un lapso no superior a seis (6) meses, sin que este último lapso constituya una constante invariable, ya que puede variar según las circunstancias particulares de cada caso;

ix) Adulto capaz: Quiere decir una persona con 18 años de edad o mayor, y que, en opinión de un tribunal, del médico tratante o del especialista, de un siquiatra y/o un psicólogo o un grupo de apoyo, tenga la habilidad de entender, tomar y comunicar, por sí mismo o a través de sus familiares, las decisiones respecto de su estado de salud y su vida ante las autoridades competentes;

x) Médico especialista: Es el profesional de la medicina que ostenta una especialidad académica en el campo de conocimientos que estudia la enfermedad por la cual el paciente es tratado.

CAPÍTULO II

Condiciones y procedimiento de cuidado debido

Artículo 2°. Condiciones. En los estrictos términos de esta ley, la única persona que puede practicar el procedimiento eutanásico o asistir al suicidio a un paciente, es un profesional de la medicina, que para los efectos de esta regulación es, el médico tratante. De esta forma, no será objeto de sanción penal el médico tratante que respete estrictamente las condiciones y el procedimiento de cuidado debido que esta ley provee, y adicionalmente, verifique el cumplimiento de cada uno de los siguientes requisitos:

1. Que el paciente sea colombiano o extranjero residente por un término no menor de un (1) año, adulto mayor de edad, legalmente capaz y en pleno uso de sus facultades mentales al momento de solicitar, oralmente o por escrito, al médico tratante la terminación de su vida de una forma digna y humana o la asistencia al suicidio; en concordancia con lo dispuesto en materia de capacidad por el artículo 1503 y siguientes, del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En los casos en que el paciente adulto mayor de edad, se encuentre inconsciente y no pueda expresar su voluntad por escrito, ni por ningún otro medio, se deberá proceder únicamente de la forma indicada en el artículo 5°, relativo a la petición escrita completada por los familiares y/o el médico tratante, de la presente ley.

2. Que la petición o solicitud para la terminación de la vida del paciente sea libre e informada, manifestada inequívocamente por escrito, cuando sea posible, voluntaria y reiterada, la cual no permita albergar la menor duda sobre si el origen de la misma es el producto de una presión exterior indebida o el resultado de una depresión momentánea.

Cuando no sea posible obtener la autorización por escrito del paciente terminal se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° de la presente ley.

3. Que el paciente, en efecto, sufre de una enfermedad terminal o grave lesión corporal, certificada en su historia clínica por dos médicos especialistas, que le produce intensos dolores, continuados padecimientos o una condición de gran dependencia y minusvalía que la persona considere indigna, los cuales no pueden ser aliviados por la ciencia médica actual con esperanza de cura o mejoría.

Parágrafo. Ningún médico tratante podrá ser obligado a practicar el procedimiento eutanásico o a proveer la ayuda necesaria para tal fin, si este así lo decide. En caso de que el médico tratante se rehúse a practicar el procedimiento eutanásico o a proveer la ayuda necesaria para la terminación de la vida del paciente, este último o sus familiares, si el mismo se encuentra inconsciente, en cualquier tiempo, podrán solicitar la ayuda de otro médico, que asuma el caso como médico tratante en los términos de la presente ley.

Esta misma disposición se aplicará, cuando haya lugar, al médico tratante en los términos señalados en el artículo 5° de la presente ley.

Artículo 3°. Procedimiento de cuidado debido. Para garantizar el pleno cumplimiento del procedimiento de cuidado debido, antes de llevar a cabo el procedimiento eutanásico o la asistencia al suicidio, el médico tratante deberá en cada caso:

1. Informar detalladamente al paciente sobre su condición médica, esto es, su diagnóstico, pronóstico y las diferentes opciones terapéuticas y de medicina paliativa existentes (v. gr. tratamientos hospitalarios, medicamentos y control del dolor); de sus potenciales beneficios, riesgos y consecuencias en relación con los efectos sobre su expectativa de vida.

2. Verificar con todos los medios científicos a su alcance, los intensos dolores o padecimientos continuos que sufre el paciente, y la naturaleza reiterada, libre y

voluntaria de su solicitud. De tal manera, que conjuntamente tanto el paciente como el médico tratante, concluyan que no existe otra alternativa terapéutica posible para aliviar la penosa situación del primero.

3. Dialogar reiteradamente con el paciente, acerca de la solicitud de terminar con su vida de una forma digna y humana o de la provisión de la asistencia al suicidio, así como de las diferentes opciones terapéuticas existentes. Dichas sesiones deben realizarse dentro de un período no inferior a 48 horas ni superior a 15 días y, en las mismas, participará un equipo de apoyo conformado por especialistas en psiquiatría y psicología denominado Consejería que ayudará a confirmar la madurez del juicio del paciente y su inequívoca voluntad de morir. Paralelamente, el médico tratante debe también examinar el progreso en la condición médica del paciente durante este período de sesiones.

4. Remitir al paciente con su respectiva historia clínica, para una segunda valoración del diagnóstico, las opciones terapéuticas y el pronóstico emitidos por el médico tratante, al médico de referencia, en virtud de su nivel de conocimiento y experiencia en la materia, quien deberá volver a examinar integralmente al paciente.

Los resultados de dicha valoración se denominarán confirmación médica, e incluirán un informe completo de la condición del paciente, así como una reiteración, si es el caso, de los intensos dolores, continuados padecimientos o una condición de gran dependencia y minusvalía que la persona considere indigna que le causa la enfermedad terminal o grave lesión corporal al paciente, y que no pueden ser aliviados o curados con los tratamientos convencionales que ofrece la ciencia médica.

Asimismo, deberá ser entregada una copia de este informe al paciente y al médico tratante.

Parágrafo. El médico de referencia encargado de realizar la confirmación médica debe ser independiente tanto del médico tratante como del paciente, esto es, debe ser médico especialista en la enfermedad que sufra el paciente y estar vinculado a una unidad especializada de otra Clínica o Centro Hospitalario, según corresponda. En los casos de los hospitales que por razones de nivel o adecuación, no cuenten con especialistas, se exigirá que la confirmación sea proveída por el director de unidad o de la clínica o centro hospitalario, o por un médico de segunda opinión delegado por este.

5. Remitir al paciente a Consejería, la cual constituye la tercera valoración dentro del procedimiento de cuidado debido, en la que un equipo de apoyo especializado en psiquiatría y psicología de la respectiva Clínica o Centro Hospitalario en que se encuentre el paciente, confirmará en última instancia, que el paciente ha tenido los elementos necesarios para tomar una decisión informada, respecto de la terminación de su vida. Igualmente, en caso de cualquier duda sobre la condición médica del paciente, el médico tratante deberá remitirlo a una tercera revisión médica realizada por especialista en la materia, en los mismos términos señalados para las anteriores valoraciones y posteriormente procederá a enviarlo nuevamente a Consejería.

Una vez cumplido este último trámite, y tras analizar los informes respectivos, el médico tratante deberá indicarle al paciente acerca de la posibilidad de desistir de su petición. En todo caso, se deberá esperar un período de tiempo mínimo de 15 días antes de practicar al paciente el procedimiento eutanásico o la asistencia al suicidio, según sea el caso.

6. Verificar que la solicitud de terminación de la vida en una forma digna y humana o la asistencia al suicidio, se haya realizado cumpliendo estrictamente con las formalidades exigidas en el artículo 4° de la presente ley.

7. Firmar el certificado de registro médico eutanásico y el acta de defunción del paciente. Para todos los efectos jurídicos, el médico tratante, en el acta de defunción debe señalar que la muerte del paciente se produjo por causas naturales, en concordancia con lo señalado en artículo 12 del Capítulo V de esta ley.

Artículo 4°. Requisitos y contenido de la solicitud. Toda solicitud de terminación de la vida en una forma digna y humana o de asistencia al suicidio, deberá hacerse por escrito, siempre que sea posible, personalmente por el paciente.

En los demás casos en que el paciente no pueda expresar su voluntad, se seguirán las disposiciones del artículo 5°.

La solicitud deberá ser diligenciada y firmada por el paciente y al menos dos testigos que en presencia del mismo, atestigüen de buena fe que el paciente está actuando voluntariamente, es plenamente capaz y no está siendo conminado por otras personas a firmar la petición de terminación de la vida.

El documento firmado deberá ser llevado ante Notario quien dará fe de la autenticidad de la firma de los testigos.

Al menos uno de los testigos no podrá ser:

- i) Familiar del paciente, en ninguno de los grados de parentesco establecidos en el artículo 35 y siguientes del Código Civil: consanguinidad, matrimonio y adopción;
- ii) Persona(s) con interés material en la muerte del paciente, en virtud de contratos u obligaciones civiles y comerciales;
- iii) El médico tratante.

Si el paciente se encuentra en tal condición física que le resulta imposible diligenciar y firmar por sí mismo la solicitud de terminación de la vida, otra persona designada con anterioridad por él, indicando las razones de su incapacidad, podrá hacerlo si es mayor de edad y no tiene ningún interés material en la muerte del paciente.

El paciente podrá revocar la solicitud de terminar con su vida de una forma digna y humana o de asistencia al suicidio, en cualquier tiempo, incluso hasta en el último momento, en cuyo caso tal documento no tendrá validez y será removido de la historia clínica y devuelto al paciente.

Artículo 5°. Petición escrita completada por los familiares o por el médico tratante. En todos los demás casos en que el paciente se encuentre inconsciente y no pueda expresar su voluntad por escrito, ni por ningún otro medio, sus familiares en primera instancia, siguiendo los rigurosos criterios de parentesco por consanguinidad establecidos por el artículo 35 y siguientes del Código Civil podrán pedir al médico tratante la terminación de la vida de una forma digna y humana, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo.

En el caso de que el paciente no tenga familia, será el mismo médico tratante, previa consulta a un médico especialista, quien elaborará la petición, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que el paciente sufra de una enfermedad terminal o grave lesión corporal que le produzca intensos dolores, padecimientos continuos o una condición de gravísima dependencia y minusvalía que la persona considere indigna.
2. Que el paciente esté inconsciente definitivamente.
3. Que la condición médica del paciente sea irreversible y no pueda ser aliviada por la ciencia médica actual con esperanza de cura o mejoría.
4. Que, tras un tiempo prudencial de búsqueda, que no excederá de un (1) mes, realizado por la Clínica o el Centro Hospitalario con ayuda de las instituciones públicas y privadas correspondientes, no haya sido posible dar con el paradero de los familiares o parientes del paciente.

Artículo 6°. Petición por instrucción previa. La petición por instrucción previa consiste en la designación por parte del paciente de una o más personas, con anterioridad, en privado y en estricto orden de preferencia, para que informen al médico tratante acerca de su voluntad de morir, en caso de que concurren las circunstancias de que trata esta ley y sea incapaz de manifestar su voluntad o se encuentre inconsciente.

La petición por instrucción previa, puede ser elaborada en cualquier tiempo, debe ser escrita y firmada ante notario público en presencia de dos (2) testigos, siguiendo las mismas condiciones del artículo 4° de la presente ley. De esta forma, la petición solo será válida si es elaborada o confirmada por el paciente, por lo menos 5 años antes de la pérdida de la capacidad para expresar, por completo su voluntad.

La petición por instrucción previa podrá ser modificada o revocada en cualquier tiempo.

CAPÍTULO III Registro Médico Eutanásico

Artículo 7°. Obligaciones y contenido. Todo médico tratante que, en los términos de la presente ley, haya practicado un procedimiento eutanásico o asistido al suicidio del paciente con el propósito de terminar su vida de una forma digna y humana, estará obligado a completar un registro médico eutanásico que deberá ser enviado dentro de los siguientes diez (10) días hábiles al deceso del paciente, a la Comisión Nacional de Evaluación y Control Posterior de Procedimientos Eutanásicos y

Suicidio Asistido, establecida en el Capítulo IV de esta ley, con el fin de que está última lo estudie conforme a lo de su competencia.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, al registro médico eutanásico, deberá añadirse la siguiente documentación:

1. El registro de todas las peticiones, orales y escritas, hechas al médico tratante por el paciente para la terminación de su vida de una forma digna y humana.
2. Un primer informe, elaborado por el médico tratante que incluya: diagnóstico médico y su pronóstico, así como un concepto general sobre la capacidad, autonomía y madurez del juicio del paciente para tomar una decisión informada, respecto de la terminación de su vida.
3. Un segundo informe, elaborado por el médico especialista, o en su defecto de segunda opinión, que incluya: la confirmación del diagnóstico médico y su pronóstico, así como una nueva valoración sobre la capacidad, autonomía y madurez del juicio del paciente para tomar una decisión informada, respecto de la terminación de su vida.
4. Copia del informe completo emitido por la Consejería especializada al médico tratante.
5. En el caso previsto en el artículo 3° numeral 5 inciso 2°, el médico tratante deberá enviar copia del tercer informe de confirmación última, elaborado por un tercer médico especialista y su correspondiente valoración psicológica por la Consejería.

CAPÍTULO IV

Comisión Nacional de Evaluación y Control Posterior de Procedimientos Eutanásicos y Suicidio Asistido

Artículo 8°. Mandato. Con el propósito de garantizar el cumplimiento de las disposiciones normativas que conforman esta ley, la defensa de los derechos de los pacientes; así como establecer los mecanismos que permitan controlar y evaluar posteriormente, la correcta observancia del procedimiento de cuidado debido en la práctica de la eutanasia y el suicidio asistido, atendiendo al deber del Estado de proteger la vida, se crea la Comisión Nacional de Evaluación y Control de Procedimientos Eutanásicos y Suicidio Asistido, que en adelante se denominará “La Comisión” El Ministro de la Protección Social regulará la materia.

Artículo 9°. Funciones. La Comisión, en ejercicio de su mandato, tendrá las siguientes funciones:

1. Garantizar que los derechos de los pacientes y el procedimiento de cuidado debido sean estrictamente respetados por los médicos que ejecuten las solicitudes de terminación de la vida.

Para instrumentalizar este propósito, la Comisión creará y administrará un Archivo Nacional de Procedimientos Eutanásicos y Asistencia al Suicidio, en el cual se llevará un registro de todos los casos reportados de terminación de la vida, en las condiciones señaladas en esta ley.

2. Elaborar un informe anual sobre la aplicación de la presente ley en todo el país indicando los factores relevantes para su evaluación y seguimiento. Dicho informe, será presentado al Ministerio de la Protección Social y al Ministerio del Interior y de Justicia.

3. Elaborar un estudio estadístico anual, el cual debe ser remitido al Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

4. Diseñar los diferentes formatos de solicitud para la terminación de la vida de una forma digna y humana o asistencia al suicidio, a que haya lugar con la presente ley:

a) Registro Médico Eutanásico;

b) Solicitud de terminación de la vida en forma digna y humana;

c) Autorización al médico tratante para la asistencia necesaria al suicidio;

d) Solicitud de terminación de la vida de una forma digna y humana (completada por los familiares);

e) Solicitud de terminación de la vida de una forma digna y humana (completada por el médico tratante);

f) Solicitud de terminación de la vida de una forma digna y humana (petición por instrucción previa).

La Comisión, sin perjuicio de las demás funciones asignadas, podrá revisar y modificar, si lo considera conveniente, los diferentes formatos de solicitud de terminación de la vida o asistencia al suicidio.

5. Recomendar cuando lo considere pertinente, las reformas legislativas que sean necesarias para la mejor implementación de la presente ley.

6. Enviar copias de todos los registros, de sus hallazgos y de sus respectivos informes, a la Fiscalía General de la Nación y a las demás entidades a que haya lugar, para lo de su competencia.

7. La Comisión, una vez conformada, se dará su propio reglamento.

Para la efectiva realización de estos propósitos, la Comisión podrá ser asesorada y servirse de la información de instituciones públicas y entidades del Estado relacionadas con su mandato. Asimismo, podrá proveer los resultados estadísticos de sus reportes a los observatorios de estudio e investigación en eutanasia de las diferentes universidades y centros académicos.

Artículo 10. Composición. La Comisión se compondrá de siete (7) miembros designados por el Ministerio de Protección Social, nominados con base en sus conocimientos, experiencia y reconocimiento en las materias relacionadas con la competencia de la Comisión.

Tres (3) miembros deberán ser profesionales en medicina, y al menos dos (2) de ellos deberán ser también catedráticos universitarios en una institución de enseñanza superior acreditada en el país, de conformidad con lo normado por la Ley 30 de 1992.

Dos (2) miembros deberán ser abogados, y al menos uno (1) de ellos deberá haber ejercido la Magistratura como miembro de una Alta Corte o de Tribunal Superior de

Distrito Judicial, o un rango equivalente. Los dos (2) miembros restantes deberán trabajar o desarrollar su actividad profesional en instituciones especializadas en la asesoría y tratamiento de enfermos terminales o incurables.

CAPÍTULO V Disposiciones especiales

Artículo 11. El Código Penal, por unidad normativa y jurisprudencial se modificará de la siguiente manera:

1. El artículo 106 del Código Penal quedará así:

Artículo 106. Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Cuando el médico tratante cuente con el consentimiento libre e informado del paciente, y haya respetado el procedimiento de cuidado debido, exigido por la ley que regula la terminación de la vida de una forma digna y humana y la asistencia al suicidio, no será objeto de sanción penal alguna.

2. El artículo 107 del Código Penal quedará así:

Artículo 107. Inducción o ayuda al suicidio. El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

Cuando sea el médico tratante quien provea los medios necesarios para la realización del suicidio y cuente con el consentimiento libre e informado del paciente, y además haya respetado el procedimiento de cuidado debido, exigido por la ley que regula la terminación de la vida de una forma digna y humana y la asistencia al suicidio, no será objeto de sanción penal alguna.

Artículo 12. Cláusula general de protección. Sin perjuicio de las demás provisiones especiales que determine la Comisión, se establecerá una cláusula especial para la protección de los derechos de los pacientes que opten por terminar con su vida de una forma digna y humana o la asistencia al suicidio, en los términos de la presente ley.

De esta manera:

1. Toda cláusula o provisión en contratos u obligaciones civiles y comerciales, en acuerdos, sean orales o escritos, será nula de pleno derecho si está dirigida a constreñir y/o afectar al paciente en su voluntad o decisión de terminar con su vida de una forma digna y humana o la asistencia al suicidio.
2. Con respecto al régimen de los seguros (v. gr. vida, salud, accidentes, funerarios o a los que haya lugar), no podrán establecerse cláusulas o provisiones que restrinjan o condicionen, a través de sus efectos y/o consecuencias jurídicas, la libre opción del paciente de terminar con su vida de una forma digna y humana. Si se presentaren, dichas cláusulas serán absolutamente nulas.
3. Para todos los demás efectos legales, en el certificado de defunción, el médico tratante deberá señalar que la muerte del paciente se produjo por causas naturales.

CAPÍTULO VI Vigencia y derogatoria

Artículo 13. Vigencia y derogatoria. La presente ley rige a partir de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
SENADOR DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta retoma el texto aprobado en primer debate por la Comisión Primera del Senado, con las modificaciones introducidas ante dicha célula legislativa, dentro del curso del proyecto de ley 070 de 2012, cuyo trámite final fue el archivo, por no haberse cumplido el segundo debate en la Plenaria del Senado. Al efecto, igualmente se reiteran los argumentos expuestos en la exposición de motivos presentada en su oportunidad:

El Estado colombiano se definió a sí mismo como Estado Social de Derecho, fundado sobre el respeto a la dignidad humana. Esta determinación del pacto constitucional consistente en que se definiera que la dignidad humana se convertía en la estructura básica sobre la que se edifica el andamiaje normativo del Estado, tiene importancia máxima en la creación y aplicación del Derecho.

Ello significa que en todos los estadios de creación jurídica inferiores al poder constituyente primigenio, habrá de tenerse en cuenta esta disposición, así es que al constituyente derivado, al legislador, al funcionario judicial y administrativo en todas sus decisiones le es exigible atender al concepto constitucional de dignidad humana.

El papel del concepto de dignidad humana ha sido examinado por la Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, en los siguientes términos:

“Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales, fundamento y pilar ético del ordenamiento jurídico.

De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que “la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas”.

Frente al concepto de Dignidad Humana, ha expresado el Tribunal Constitucional colombiano:

“La Carta Política reconoce el derecho inalienable de todo ser humano a la dignidad, entendida como autonomía o posibilidad de diseñar un plan y de determinarse según sus características “vivir como quiera”, al punto de constituirse en el pilar esencial en la relación ¿Estado-¿Persona privada de la libertad, de acuerdo con el artículo 5° de la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional”¹ (subrayado no original)?

1 sentencia T-1259 de 2005.

El concepto de dignidad permea a todo el ordenamiento constitucional así que el artículo 11 Superior que consagra el derecho fundamental a la vida, en su carácter inviolable, ha sido entendido por la Corte Constitucional, como la protección a la vida en tanto sea digna.

Así es que cuando en sede de constitucionalidad se estudió el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Artículo 106 del Nuevo Código Penal), que penaliza el homicidio por piedad, la citada Corporación lo declaró exequible “con la advertencia de que el caso de los enfermos terminales en que concorra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”. Sentencia C-239 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO A LA MUERTE DIGNA

La Corte Constitucional analizó el tema de la Eutanasia o “muerte en condiciones dignas” en la precitada Sentencia C-239 de 1997 en donde se demandó la constitucionalidad del artículo 326 del Código Penal que tipificaba el delito de homicidio por piedad, en los siguientes 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 a él le incumben, debiendo el Estado limitarse a imponer deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quien está abocado 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”.

Asimismo, advirtió que: “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 encuentre 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”.

El Principio de Dignidad Humana arriba citado, es entendida como valor supremo, irradiando al conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. 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 juzgue indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar 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, sino 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”.

En otras palabras, “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.

Con base en las anteriores consideraciones la Corte, luego de declarar la exequibilidad de la norma precitada, con la advertencia que no podrá derivarse responsabilidad para el médico tratante cuando concurra la voluntad libre e informada del sujeto pasivo del acto, es decir, el paciente decidió: “Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”

HOMICIDIO POR PIEDAD Y EUTANASIA

En el tema de la muerte digna se presentan tres tipos de comportamiento:

1. Asistencia al suicidio entendida como la situación donde un tercero le suministra los elementos al paciente para que este se dé muerte así mismo;
2. Eutanasia activa donde un tercero da muerte al paciente, ya sea con o sin su consentimiento de ahí que sea de forma voluntaria o involuntaria y
3. Eutanasia pasiva donde se deja de practicar al paciente el tratamiento respectivo por imposibilidad de recuperación, la cual también puede ser voluntaria o involuntaria.

Como se desprende del artículo 326 del antiguo Código Penal, se tipificaba como delito la acción de un sujeto de dar muerte a otro bajo una motivación subjetiva de piedad, sin que desde el punto de vista legal interesara el consentimiento de la víctima. Sobre este último aspecto, el consentimiento del paciente, la Corte abre paso a la legalización de la Eutanasia Activa y por unidad normativa y jurisprudencial, de la asistencia al suicidio en Colombia, y en estas circunstancias, sólo queda pendiente su reglamentación por parte del Congreso.

La eutanasia pasiva no es delito en Colombia. El Código de ética médica la permite y no constituye un delito. La eutanasia pasiva consiste en omitir una conducta de la cual se seguirá la muerte de la persona; en cambio la eutanasia activa consiste en dirigir la conducta a producir un resultado, por ejemplo, dar una inyección o suministrar una droga letal.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

En Países como Holanda (2002), Bélgica (2002), y con algunas limitaciones en el Estado de Oregón en los Estados Unidos (1997), se permite la práctica de la eutanasia activa y del suicidio asistido. En el caso de Suiza (1941), la eutanasia activa es ilegal, pero se permite la asistencia al suicidio y esta puede ser practicada por cualquier persona.

En abril de 2002, el Parlamento Holandés aprobó la ley que permite la Eutanasia y el suicidio asistido en los casos de dolor continuo e insoportable. El paciente tiene que estar lúcido y el médico tratante debe buscar una segunda opinión, solamente él mismo y no la familia, puede administrar la dosis letal.

En mayo de 1997, la Corte Constitucional colombiana dictaminó que no es un crimen ayudar o suministrarle los medios para morir a una persona que padezca una enfermedad terminal, si esta da un claro y preciso consentimiento, sin embargo, la Eutanasia continúa siendo ilegal.

Suecia no tiene leyes específicas en el caso, pero una persona puede ser acusada de asesinato por asistir en una muerte.

En Finlandia, la legislación sobre los enfermos incluye un reglamento sobre la eutanasia y distingue entre eutanasia activa y pasiva. La eutanasia activa no es legal. Por el contrario, la eutanasia pasiva, como la suspensión del tratamiento de un enfermo terminal, está permitida.

Japón permite el suicidio voluntario asistido por médicos desde 1962, sin embargo, raramente sucede debido a tabúes culturales.

El anterior recuento explica que el tema de la eutanasia se ha venido abriendo paso en diferentes ordenamientos jurídicos, además, en el caso de nuestra República, es menester considerar que existen exhortaciones previas de Tribunal Constitucional.

En los anteriores términos, pongo a disposición del honorable Congreso de la República, el Proyecto de ley ordinaria, por la cual se reglamentan las prácticas de la Eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Cordialmente,

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
SENADOR DE LA REPÚBLICA

ANEXO F

PROJETO DE LEI No 5058 DE 2005 (Do Sr. Osmânio Pereira)

Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º esta Lei regulamenta o art. 226, 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.

Art. 2º. O art. 122 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 122.....
.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena aquele que de algum modo contribuir para a realização de eutanásia.”

Art. 3º. Fica revogado o art. 128, caput e incisos I e II, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 4º. O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar acrescidos dos seguintes incisos VIII, IX e X:

“Art. 1º.....

VIII – aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento art. 124 do Código Penal);

IX – aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126 do Código Penal);

X – Eutanásia (art. 122, parágrafo único, do Código Penal).

Art. 5º. O planejamento familiar de que trata o § 7º do art. 226 da Constituição Federal é entendido, para os efeitos de sua regulamentação e aplicação, como o conjunto de medidas que viabilizam a decisão livre e consciente do casal sobre quando começar a ter filhos, quantos filhos ter, qual o intervalo entre eles e quando parar, vedados o recurso à esterilização voluntária, exceto por necessidade médica comprovada, com autorização expressa do paciente, bem como quaisquer medidas que ocasionem a interrupção de gravidez já iniciada.

§ 1º A utilização de métodos de controle de fertilidade, por indivíduos que não estejam incluídos no conceito de casais, nos termos definidos

por esta Lei, não é reconhecida como planejamento familiar para os efeitos da proteção estabelecida no art. 226, 7º, da Constituição Federal.

§ 2º. A obrigação do Estado de propiciar meios para o planejamento familiar, a que se referem esta Lei e o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, não inclui a liberação e divulgação de métodos de controle da natalidade.

§ 3º. O planejamento familiar levará em conta a idade, a situação familiar, as condições de saúde e a preferência pessoal de seus eventuais usuários.

§ 4º. São vedadas todas as formas de propaganda, promoção ou divulgação, comercial ou institucional, explícita ou implícita, do uso de métodos de controle de natalidade.

§ 5º. É vedada a participação direta ou indireta de quaisquer governos, entidades e organizações estrangeiras ou internacionais em atividades de planejamento familiar, no território nacional, inclusive a prestação de serviços de consultoria ou assessoria, onerosas ou gratuitas, por pessoas que tenham vínculos com organizações e entidade estrangeiras que defendam o controle da natalidade, a esterilização voluntária e o aborto, que sejam por elas patrocinadas.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Ao garantir os direitos individuais fundamentais e invioláveis a todas as pessoas, sem qualquer distinção e, portanto, sem distinguir, tampouco, o estágio da vida em que se encontrem, a Constituição Federal cita, em primeiro lugar, o direito à vida. Fá-lo com toda a lógica, posto que, sem esse direito, que é de todos o primeiro, nenhum sentido teriam os demais.

É dever do Estado, portanto, garantir a todos, antes de mais nada, o direito à vida, obrigação que se impõe mais ainda quando os sujeitos do direito são indefesos, sem condições próprias para reagirem, como é o caso dos nascituros, cujos direitos o art. 4º de nosso Código Civil determina que sejam protegidos pela lei, independentemente da personalidade jurídica vir a ser obtida com o nascimento. Os nascituros são, portanto, sujeitos de direitos, do mesmo modo que os já nascidos, nessas hipóteses resguardadas pela lei. Não haveria nenhuma razão para que esses direitos fossem garantidos aos nascituros, como a propriedade, a herança, entre outros, se, antes de tudo, o direito à vida não lhes fosse assegurado.

Do mesmo modo que os nascituros não possuem meios de defesa contra as agressões externas, os doentes e os idosos também são merecedores de proteção especial, dada a sua condição de fragilidade. No entanto há quem defenda a prática da eutanásia com relação a estas pessoas desprotegidas. Além de não possuírem condições de defesa, encontram-se psicologicamente fragilizados pela debilidade física ou pela doença. Assim, é possível, que neste estado de debilidade física e mental, acabem concordando com antecipação de sua morte, pela adoção da eutanásia, até mesmo para se verem livres do sofrimento que tanto lhes angustia.

Essas pessoas, levadas pelo sofrimento, perdem o instinto inato de preservação e sobrevivência, ficando vulneráveis física e psicologicamente.

Desse modo, como bem lembra o Professor Ives Gandra da Silva Martins, em seu trabalho "Fundamentos do Direito Natural à Vida", "o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra

insuficientes”. É indispensável, portanto, que se explicita a natureza hedionda de tais crimes, bem como se vedem legalmente quaisquer ações nesse sentido.

É também imperioso que se defina, de forma clara, o que se entende por “planejamento familiar”, para os efeitos da aplicação do § 7º do art. 226 da Constituição Federal. Em primeiro lugar, nem o aborto nem a esterilização voluntária podem ser considerados como métodos de planejamento familiar.

O casal não pode ter o direito legal de exercitar esses métodos nem mesmo pretender que o Estado ofereça tais serviços nas redes públicas de saúde. Por essa razão, o aborto, em qualquer hipótese passa a ser considerado crime, com a revogação do art. 128 do Código Penal.

Do mesmo modo, esses esclarecimentos são necessários para impedir que o planejamento familiar seja utilizado como desculpa para o gasto de recursos públicos com métodos indiscriminados e irresponsáveis de controle da natalidade.

De fato, embora seja elogiável que se deseje reduzir o número de gravidezes e a incidência de doenças sexualmente transmissíveis entre adolescentes, isso deve ser feito por meio de programas educativos, visando a um comportamento sexual e social verdadeiramente responsável, e não pelo oferecimento de facilidades, pagas com recursos do contribuinte, para que os jovens se tornem cada vez mais promíscuos e irresponsáveis.

Pretende-se, com este Projeto, que o planejamento familiar seja realizado por “livre decisão do casal”, como determina a Constituição, sem a manipulação por meio de campanhas promocionais. É importante proteger nossos cidadãos contra a “campanha mundial de divulgação do planejamento familiar”, que vem sendo insistentemente proposta pelas sobejamente conhecidas organizações internacionais interessadas em controlar o crescimento populacional dos países em desenvolvimento, com o objetivo de favorecer os interesses econômicos dos países industrializados. Parece-nos pouco provável que, se for submetido a uma campanha maciça nesse sentido, nosso povo continue em condições de tomar decisões realmente livres a respeito.

Este Projeto visa a impedir a interferência de países e entidades estrangeiras e internacionais em questões como a defesa da vida, o planejamento familiar e o controle demográfico, que atingem tão de perto a soberania nacional. Lembramos, a propósito, que por falta de uma lei que o impeça, continuam atuando no País, sem qualquer restrição, as entidades internacionais e estrangeiras identificadas, pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que examinou a questão, como as principais responsáveis pela esterilização em massa de mulheres brasileiras.

Com ralação à eutanásia, passa-se a prever, no parágrafo único acrescido ao art. 122 do Código Penal, sua punição como crime, de forma expressa.

Além disto os crimes de aborto e eutanásia passam a configurar crime hediondo, punição está mais consentânea com a gravidade dessas condutas criminosas.

Em resumo, objetivo deste Projeto é a defesa da vida bem como da Constituição e da soberania do nosso País, contra a “cultura da morte”, que vêm tentando nos impor os países estrangeiros onde isso já impera e contra pessoas e entidades que, conscientemente ou não trabalham à serviço desse propósito assassino.

Para tanto, contamos com o apoio dos nossos ilustres Pares.

Sala das Sessões, em 2005.
Deputado OSMÂNIO PEREIRA
2005.3277.146

ANEXO G

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 125/96 (Do Senador Gilvam Borges)

Autoriza a prática da morte sem dor nos casos em que especifica e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º- Esta lei disciplina os casos em que poderá ser autorizada a prática da morte sem dor, e os respectivos procedimentos prévios à sua consecução.

Art.2º- Será permitido o desligamento dos aparelhos que mantêm alguns dos sinais vitais do paciente, caso seja constatada a sua morte cerebral, desde que haja manifestação de vontade deste.

§ 1º- A manifestação de vontade do paciente deve ser expressa e obedecerá às normas aplicáveis às manifestações de última vontade.

§ 2º- A constatação da morte cerebral deverá ser firmada por junta médica, formada por, no mínimo 3 (três) profissionais habilitados, sendo que pelo menos um deles deterá o título de especialista em neurologia ou seu equivalente.

Art.3º- Será permitido o desligamento dos aparelhos que mantêm alguns sinais vitais do paciente, caso seja constatada a sua morte cerebral, desde que haja prévia e expressa autorização de seus familiares.

§ 1º- Para efeitos desta lei, consideram-se familiares o cônjuge, os descendentes, os ascendentes e colaterais, consangüíneos ou não, até o terceiro grau.

§ 2º- Na ausência de familiares, o juiz poderá, a pedido de médico ou de pessoa que comprovadamente, mantêm laços de afetividade com o paciente, suprir a autorização destes.

Art.4º- Ao receber petição de médico ou de pessoa que mantêm laços de afetividade com o paciente com morte cerebral constatada nos termos do art. 3º, § 2º, o juiz determinará a oitiva do Ministério Público e, na mesma ocasião mandará citar, por edital, os familiares e as pessoas que se encontrem na mesma condição do autor.

Parágrafo único- A petição deverá obrigatoriamente vir acompanhada das conclusões da Junta Médica que avaliou o quadro clínico do paciente (Art.2º, § 2º).

Art. 5º- Decorridos 30 (trinta) dias da publicação do edital, o juiz ordenará a formação de Junta Médica, constituída de, no mínimo, 03 (três) profissionais, sendo que um deles necessariamente será especialista em neurologia ou detenha título equivalente.

§ 1º- A Junta Médica deverá fornecer laudos circunstanciados do quadro clínico do paciente, concluindo pelo desligamento ou não dos aparelhos que mantem alguns de seus sinais vitais.

§ 2º- não poderão integrar a Junta Médica constituída por determinação judicial os profissionais que assinam o laudo que acompanha a petição inicial.

Art. 6º- Havendo ou não manifestação do Ministério Público, de posse do laudo da Junta Constituída nos termos do art. 5º, o juiz apreciará, no mais breve tempo possível o caso, decidindo pela autorização ou não do desligamento dos aparelhos.

Art. 7º- Será permitida a morte sem dor do paciente em circunstancias que acarretem sofrimentos físicos ou psíquicos, que, por sua natureza, intensidade e precariedade de prognóstico da evolução da doença, não justifiquem a continuidade da assistência médica destinada à conservação de sua existência.

§ 1º- Na hipótese disciplinada por este artigo, a morte sem dor somente poderá ser autorizada por Junta formada, por, no mínimo, 05 (cinco) médicos, sendo que pelo menos 02 (dois) deles deterão os títulos de especialistas ou seu equivalente, na moléstia que acomete o paciente, desde que haja o consentimento prévio e expresso deste.

§ 2º- O consentimento prévio e expresso do paciente obedecerá à forma prevista no § 1º do art. 2º.

§ 3º- Caso o paciente esteja impossibilitado de expressar-se, ou não tenha expressado seu consentimento prévio, seus familiares ou pessoa que comprovadamente mantém laços de afetividade com este, poderão requerer ao Poder Judiciário autorização para consecução da morte sem dor.

Art.8º - Seja no caso do paciente com morte cerebral constatada, seja na hipótese do § 3º do art. 7º, em não havendo concordância de todos os familiares, qualquer um deles poderá instaurar processo judicial que autorizará ou não a morte sem dor.

Art. 9º- Recebida a inicial, o juiz mandará citar, pessoalmente, todos os familiares do paciente, para que se pronunciem sobre o pedido de autorização no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único- A inicial deverá, obrigatoriamente, vir acompanhada das conclusões da Junta Médica que avaliou o quaro clinico do paciente (art. 7º, § 1º).

Art. 10- após as considerações dos familiares, o juiz determinará a oitiva do Ministério Público, e, na mesma oportunidade, ordenará a formação de Junta Médica, constituída de, no mínimo, 05 (cinco) profissionais, sendo que entre eles, necessariamente, estará um especialista em neurologia ou detentor de título equivalente e dois especialistas na moléstia que acomete o paciente, ou detentores de títulos equivalentes.

§ 1º- A Junta Médica deverá fornecer laudo circunstanciado do quadro clínico do paciente, concluindo pela manutenção de sua vida ou pela consecução da morte sem dor. Na dúvida, a Junta opinará pela manutenção da vida do paciente.

§ 2º- Não poderão integrar a Junta Médica constituída por determinação judicial os profissionais que assinam o laudo que acompanha a petição inicial.

Art. 11- Havendo ou não manifestação do Ministério Público, de posse do laudo da Junta constituída nos termos do art. 10, o juiz decidirá pela manutenção da vida do paciente ou pela consecução da morte sem dor.

Art. 12- Em qualquer hipótese, da sentença caberá apelação, sendo que da que julgar pela consecução da morte sem dor, caberá recurso “ex officio” para o Tribunal de Justiça.

Art. 13- Considera-se á competente para apreciar e julgar os processos oriundos desta lei, salvo manifestação de vontade em contrário paciente, o juiz do local onde estiver localizada a unidade hospitalar ou de saúde em que o paciente esteja internado.

§ 1º- Caso o paciente não esteja internado em unidade hospitalar ou saúde, será competente o foro de seu último domicílio.

Art. 14- Todos os processos judiciais instaurados com base nesta Lei estarão isentos de custas e taxas judiciais.

Art. 15- A Junta Médica formada por determinação judicial será, preferencialmente, constituída por médicos da rede oficial de saúde.

Parágrafo único- No caso de participação de médicos estranhos aos quadros da rede oficial, seu ofício será prestado gratuitamente.

Art. 16- O Poder Executivo regulará esta Lei em 60 (sessenta) dias.

Art. 17- Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Art. 18- Revogam-se as disposições em contrário.

Senador

Gilvam Borges