

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL BUEN MORIR EN
COLOMBIA DESDE UNA PERSPECTIVA HUMANA Y JURÍDICA.

MARÍA RODRÍGUEZ ROA.

HÉCTOR FABIO PERLAZA VALENCIA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

PROGRAMA ACADÉMICO

MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y

CIENCIA POLÍTICA

BOGOTÁ D.C.

MAYO DE 2020

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL BUEN MORIR EN COLOMBIA DESDE
UNA PERSPECTIVA HUMANA Y JURÍDICA.

MARÍA RODRÍGUEZ ROA.

HÉCTOR FABIO PERLAZA VALENCIA.

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de magíster en Derecho
con énfasis en Derecho Administrativo y Ciencia Política

Dra. DIANA MARCELA GONZÁLEZ SALGADO.

Tutor



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en derecho con énfasis en Derecho Administrativo y Ciencias Políticas

Bogotá D.C

Dedicatoria

El presente trabajo, se lo dedico primero que todo a Dios, que es el ser que me da la oportunidad día a día de realizar mis proyectos de superación y así para desarrollarlos en virtud de beneficio propio y de la sociedad.

A mi esposo, hijos y familia que me han acompañado en cada una de mis etapas de superación intelectual y personal para que logre cumplir cada uno de mis sueños con objetividad.

María.

Dedicado a mis abuelos, padres, tíos y hermanos quienes depositan en mi la confianza y todo el respaldo en cada actividad y desarrollo personal e intelectual que a bien realizo.

Especialmente a Judith Valencia tía amada, por su incansable dedicación conmigo y su incondicional respaldo para mi formación profesional.

Héctor Fabio.

Agradecimientos

Primero siempre será a Dios y a su infinita bondad, a mi esposo e hijos en quienes encuentro el respaldo para continuar siempre adelante.

A mi alma mater Universidad La Gran Colombia, por ser mi casa de formación profesional y en la cual encontré el complemento a mi vida en general, a mis profesores, compañeros y amigos que han sido fuente de inspiración para llegar a estos logros.

A mi directora de este proyecto Dra. Diana Marcela González por su trabajo como tutora en este proyecto investigativo.

María.

Agradecimientos a mi familia, a mi compañera de investigación, a los docentes colaboradores en este proyecto por todo el apoyo brindado.

A la Universidad La Gran Colombia y a la Dra. Diana Marcela González por su trabajo tutorial.

Héctor Fabio.

Resumen

Colombia a pesar de ser el primer país en Latinoamérica en desarrollar jurisprudencia acerca de la eutanasia, dichos pronunciamientos no se han visto reflejados en la legislación del país, debido a que el Congreso de la República ha hecho caso omiso a los pronunciamientos de la Corte Constitucional sin razón aparente. En la presente investigación se analizarán cuáles pudieran ser los motivos éticos y morales para no legislar el tema, como también se analizará la jurisprudencia resuelta por las altas cortes en referencia a dicho procedimiento, por último, se buscará determinar si la omisión del Congreso de la República de no legislar sobre este tema está causando un daño antijurídico de cuyos perjuicios podrían ser acreedores los pacientes y sus familiares.

Palabras clave: dignidad humana, daño antijurídico, eutanasia, nexo causal, omisión legislativa, responsabilidad estatal, reparación del daño.

Abstract

Colombia, despite being the first country in Latin America to develop jurisprudence on euthanasia, such pronouncements have not been reflected in the country's legislation, because the Congress of the Republic has ignored the pronouncements of the Constitutional Court for no apparent reason, in the present investigation it will be analyzed what could be the ethical, moral reasons for not legislating the issue, as well as analysing the case law decided by the high courts in reference to this procedure, Finally, it is sought to determine whether the failure of the Congress of the Republic to legislate on this issue causes an antijuridical damage whose damages could be due to patients and their families.

Key words: human dignity, euthanasia, legislative omission, unlawful damage, causal connection, state responsibility, compensation for damage

Línea de investigación

Teoría del Derecho, de la Justicia y de la Política.

Tabla de contenido

Resumen.....	1
Abstract	2
Línea de investigación	3
Tabla de contenido	4
Introducción	6
Capítulo I. La ética de la eutanasia	12
1.1 Contexto histórico de la eutanasia	12
1.2.1 Dilemas éticos de la eutanasia para el paciente	15
1.2.2 La perspectiva ética y moral de la medicina sobre la eutanasia.....	21
Capítulo II. El derecho a morir dignamente, ¿un derecho utópico?	29
2.1 Los antecedentes jurisprudenciales del derecho a morir dignamente	30
2.2.1 Normatividad del derecho a morir dignamente, la ausencia del legislador	40
2.2.2 Requisitos jurisprudenciales para acceder al derecho a morir dignamente.....	43
2.3.1 Requisitos estructurales en la solicitud de la eutanasia.....	48
2.3.2 Proyecto de Ley en curso para proteger el derecho a morir dignamente	51
Capítulo III. Responsabilidad estatal frente al buen morir en Colombia.....	53
3.1 Antecedentes históricos de la responsabilidad estatal.....	53
3.2.1 Generalidades del daño antijurídico y la imputación en Colombia	58

3.2.2 La imputación al Estado por falla en el servicio debido a la omisión del legislador.....	66
3.3.1 La demanda de reparación directa	75
Conclusiones	79
Bibliografía	83

Introducción

En la modernidad, la idea que tiene el ser humano en relación con el derecho a morir dignamente ha generado diversas polémicas en distintos sectores de la opinión pública; sin embargo, el poner fin a inmensos sufrimientos que se desprenden de las enfermedades terminales que los seres humanos llegan a padecer, puede resultar mucho más digno que afrontar una batalla en contra de una padecimiento incurable, es por ello que el Estado colombiano debe velar conforme a los lineamientos del Estado Social de Derecho, por el respeto a la libertad individual o autónoma del paciente que está padeciendo de manera inhumana dolores intolerables a causa de su enfermedad, y garantizar que no se presente ninguna clase de obstrucción para ponerle fin a su vida de forma digna. De esta manera, los debates jurídicos y éticos que se han desarrollado en Colombia, la discusión ya no se centra en el carácter ilícito del procedimiento médico de eutanasia, pues el debate ahora se concentra en su conveniencia en casos concretos, en la normatividad que debe regular la intervención médica y sobre su grado de aceptación en la sociedad colombiana.

En ese sentido, el derecho a morir dignamente intrínsecamente hace parte del derecho a la dignidad. Como se desarrollará en las siguientes páginas de este trabajo investigativo, la sociedad tradicionalista colombiana ha rechazado el recurrir a la eutanasia o al suicidio asistido, de esa forma, el derecho a vivir humanamente compone la óptica de morir con dignidad. Bajo este entendido, la materialización de esta idea lleva a concluir que, ante la inevitabilidad de la muerte cabe la libertad del ser humano, por ello, no puede verse a la muerte misma como una situación puramente pasiva, es decir que llegará con el tiempo, por el contrario, debe considerarse como un acto humano, esto es, como un acto en el cual la libertad de decidir cobra relevancia para el paciente.

El derecho a morir con dignidad debe ser visto como un procedimiento ético para el fin de la vida del ser humano y no como una simple herramienta jurídica para escapar del sufrimiento, como algunos sectores religiosos lo quisieran hacer ver. Así, el morir con dignidad trae consigo determinadas exigencias reglamentarias de la sociedad colombiana. Por ello, debe tenerse en cuenta que no se puede privar al moribundo de morir con dignidad, puesto que este acto es la suprema acción del hombre; es aquí donde se debe reglar un servicio hospitalario acorde para que el paciente pueda asumir su decisión sin ningún tipo de impedimento.

La eutanasia es un procedimiento médico por medio del cual se busca terminar con la vida de una persona que no tiene posibilidad de mejora y sufre de fuerte agonía a causa de su enfermedad. A pesar de lo que se podría creer, la eutanasia ha estado presente a lo largo de la historia, viéndose como una forma de empatía con el enfermo terminal o herido de gravedad, por ello, la regulación de la muerte digna en Colombia por parte del Congreso, no debe ser contemplada como un medio para hacer más sencilla la situación para aquellos que desean morir o de los allegados del mismo, pues se demostrará en este escrito que el procedimiento de la eutanasia es un instrumento de protección del derecho a morir dignamente para pacientes terminales en condiciones consideradas por ellos mismos como indignas. Por esta razón, es importante subrayar que el Estado debe dignificar la vida humana y su terminación.

Como se observará el procedimiento de la eutanasia debe cumplir una serie de requisitos para su realización, debe existir una evaluación del sufrimiento padecido por el paciente y de la enfermedad terminal para así por medio de una junta médica especializada en el tema determinar si este es intolerable y si existe o no posibilidad de mejora. En esta valoración se contempla tanto la opinión del médico tratante, como la solicitud del paciente, teniendo esta última prioridad sobre la primera.

De acuerdo a lo que se observará en este texto, la profesión médica puede verse en contra o a favor de este procedimiento de acuerdo a las convicciones que el médico tratante posea, sin embargo, la eutanasia debe ser regulada en el país ya que el derecho a morir dignamente se contempla como una parte del derecho a la dignidad de la persona, establecida en la Constitución Política.

Colombia es uno de los primeros países de América Latina en despenalizar el homicidio por piedad tipificado en el artículo 326 del Código Penal, cuando se cumplen dos requisitos: el primero es el consentimiento libre del paciente enfermo y el segundo es que el “homicidio” sea realizado por un médico. Bajo dichas condiciones, no habrá responsabilidad penal para este último de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 239 de 1997 ya que se asocia el derecho a morir dignamente, como se verá más adelante.

Al pasar de los años, el desarrollo jurisprudencial referente a la eutanasia se ha enriquecido conceptual, teórica y prácticamente desde la Sentencia C- 239 de 1997, la cual dio paso a las Sentencias T – 970 de 2014, T – 423 de 2017, T- 544 de 2017 y T – 721 de 2017, que contemplaron los requisitos para la realización del procedimiento, las características del paciente, el consentimiento del mismo, la elaboración de un comité que dictamina la viabilidad del procedimiento, y a su vez se exhortó al Congreso de la República a legislar sobre la eutanasia.

El Congreso de la República ha hecho caso omiso del mandato exhortativo impuesto en la Sentencia T – 544 del 2017, lo que ha propiciado que a la fecha este órgano del Estado y rama del poder público incumpla una de sus obligaciones. La omisión legislativa propiciada por el Congreso de la República, posiblemente ha creado un daño antijurídico a los pacientes que solicitan la eutanasia y se le ha negado debido a la falta de mandato expreso del legislador, lo que en la práctica se traduce a la falta de obligación expresa del Gobierno Nacional de practicar

este procedimiento, por lo tanto, surge la pregunta delimitadora que origina la presente investigación la cual es:

¿Por qué el Estado colombiano a través del Congreso de la República es responsable del daño inmaterial causado al paciente y a sus allegados ante la falta de legislación frente a la eutanasia al obligarlos a acudir a estancias judiciales?

Para el desarrollo integral de esta investigación, se tiene como objetivo general el establecer si el Estado Colombiano a través del Congreso de la República es responsable por el dolor sufrido por un paciente y sus allegados ante la falta de legislación frente a la eutanasia que los obliga a acudir a estancias judiciales.

El objetivo anterior se cumplirá por medio de 3 objetivos específicos los cuales son; 1) analizar cuáles son las características históricas, éticas y morales de la eutanasia, 2) identificar a través de los fallos judiciales y la normatividad nacional, cómo se regula el derecho a morir dignamente de los pacientes con enfermedades catastróficas, y 3) establecer si se configura una falla en el servicio por omisión legislativa o hecho del legislador al no legislarse sobre la eutanasia en Colombia.

Para el desarrollo de estos objetivos, se utilizará una metodología cualitativa, descriptiva y hermenéutica donde se aborda en el primer capítulo el contexto histórico de la eutanasia, también se trató el tema de la eutanasia desde un contexto ético del paciente que desea someterse dicho procedimiento, así como también los preceptos éticos y morales en los que se puede ver compelido el médico tratante.

A su vez, en el segundo capítulo se realizará un análisis sistemático de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, haciendo hincapié en la libertad del paciente, los

derechos afectados por la enfermedad, la necesidad de la existencia de una muerte digna en el país, así como los factores a tenerse en cuenta para solicitar la misma.

Así mismo, se abordará la normatividad expedida por los Ministerios de Salud y de Bienestar Social para regular este procedimiento y cumplir con el mandato exhortativo de la Corte Constitucional, a pesar de ser esta tarea del Congreso de la República, también se examinarán los proyectos de ley propuestos en el Congreso de la República para así determinar si existe una omisión legislativa frente al tema.

En el tercer capítulo de esta investigación, se determinará si existe realmente una responsabilidad del Estado, abordando el significado de esta responsabilidad, de igual forma trayendo a colación los antecedentes históricos del daño y los elementos que configuran el mismo, dándole especial protagonismo al artículo noventa de la Constitución Política, denominado por la doctrina como “cláusula de responsabilidad”, del cual se desprende toda la responsabilidad del Estado colombiano.

Por otra parte, se analizarán los contrastes entre la responsabilidad estatal contractual y extracontractual, para determinar si la omisión legislativa se materializa en alguna de estas modalidades de responsabilidad y se explicará de manera exegética, los motivos por los cuales la omisión legislativa o hecho del legislador se materializa en el derecho a morir dignamente.

Por último, se determinarán las razones por las cuales se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad estatal presentes en el artículo 90, realizando un ejercicio de imputación tanto objetiva como subjetiva donde se determina que el Estado Colombiano es responsable por el daño antijurídico causado a los pacientes que desean practicarse la eutanasia debido a la prolongada espera que tienen que sufrir debido a la falta de legislación que los obliga a acudir a la jurisdicción constitucional. Como hipótesis se plantea que existe una legitimación

para interponer una acción de reparación directa por falla en el servicio originada por la comisión legislativa o hecho del legislador, que se derivaría en una posterior indemnización por daños inmateriales para el paciente y sus allegados.

Capítulo I. La ética de la eutanasia

1.1 Contexto histórico de la eutanasia

Para el desarrollo de esta investigación es necesario dar claridad al término principal que es el de eutanasia, según lo manifiesta Creagh Peña (2012) esta palabra tiene su nacimiento en Grecia y su etimología se define como *Eu (bueno)* y *Thanatos* (muerte), que conjugadas podrían definirse como “buena muerte”(p. 115), lo que implica una de las acepciones más utilizadas en el ámbito ético y médico.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (2019), la eutanasia se define como la “intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura” también, según esta academia puede definirse como “muerte sin sufrimiento físico” (párr.1). Es posible apreciar entonces, que la eutanasia es una práctica que busca liberar al paciente del dolor o sufrimiento generado por una enfermedad terminal.

Como se indicó anteriormente, es necesario entender a esta práctica médica, la cual busca liberar del dolor agónico a un paciente terminal, siendo esta distinción importante ya que según lo manifiesta el Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011) “en ocasiones se ha denominado eutanasia a actos que, en rigor, corresponderían más bien a acciones eugenésicas, suicidas u homicidas”(p. 642) por lo tanto, es preciso aclarar que la eutanasia no tiene como propósito eliminar a cierto tipo de población ni mejorar la raza.

Esta práctica se materializa a través de la culminación de la vida en estado terminal, que en realidad ya no es buena y que solo se sostiene mediante un sufrimiento prolongado. Para Creagh (2012) “la eutanasia significa una muerte buena. Desde el punto de vista jurídico, es la muerte sin sufrimiento físico provocada por propia voluntad de un enfermo incurable” (p.115), por lo que cabe aclarar que en primera medida la eutanasia procedería como se verá más

adelante, bajo unos parámetros físicos y procedimentales establecidos por la Corte Constitucional y no solo se basa en la voluntad del paciente o sus familiares.

Todas las definiciones anteriormente mencionadas son englobadas por Aquilino Polaino (1994), citado por el Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago, (2011) quien expresa que la eutanasia es:

La muerte indolora infligida a una persona humana, consciente o no, que sufre abundantemente a causa de enfermedades graves e incurables o por su condición de disminuido, sean estas dolencias congénitas o adquiridas, llevada a cabo de manera deliberada por el personal sanitario o al menos con su ayuda, mediante fármacos o con la suspensión de curas vitales ordinarias, porque se considera irracional que prosiga una vida que, en tales condiciones, se valora como ya no digna de ser vivida (p. 643).

La eutanasia no ha sido considerada como un acto anti-ético o moralmente inadecuado en algunos pasajes de la historia, pues se consideraba que la vida debía ser vivida con algunos parámetros mínimos de existencia que permitieran el desarrollo de la misma. Así, según lo manifiesta (Creagh, 2012) en la antigua Grecia la eutanasia era vista como una liberación de la mala vida sufrida por una persona, es decir era aceptado este procedimiento pues su cosmovisión, es decir, la forma de valorar la vida y la muerte se encontraba conectado al concepto de bienestar.

De lo anterior es posible inferir lo importante que era para este pueblo la vida digna, la cual claramente se ve afectada con la existencia de enfermedades terminales. Otro ejemplo también acotado por Creagh (2012) es el del filósofo Platón, quien expresó que “se dejará morir

a quienes no sean sanos de cuerpo” (p.151). Como se observa, una vida en donde se sufre no era valorada como una vida a prolongar según esta población.

Leal (2017) manifiesta que también se revistió de actuares eutanásicos la época de las guerras mundiales, donde era aplicada a todos los enfermos con discapacidades mentales y lisiados, bajo el argumento del derecho a la dignidad tanto en la vida como en la muerte, lo que puede verse como un actuar eugenésico o como una forma de aliviar el sufrimiento de pacientes con enfermedades terminales.

De lo dicho hasta este punto, es posible apreciar que la eutanasia puede verse no tanto como una ayuda al enfermo terminal sino también como un alivio económico para los Estados, cambiando el trasfondo de lo que desde el inicio se observó en esta investigación como el buen morir, pues de acuerdo con el Observatorio de Bioética UCV (2018), en estos programas de eutanasia se incluyeron personas que sufrían de las siguientes condiciones:

Esquizofrenia, epilepsia, encefalitis, deficiencia mental, parálisis, enfermedad de Huntington, demencia senil y estados finales neurológicos. A la vez, también se incluyeron a: residentes de asilos (por más de 5 años), incapacitados mentales, criminales y personas que no poseyeran la ciudadanía alemana (incluyéndose a los no poseedores de “sangre alemana”) (p.4).

Otros antecedentes sobre la práctica de eutanasia son visibles también en este continente. En el caso de Argentina existió la figura del despenador para los años 1800, que según lo indica Taboada (2000), se trataba de una persona dedicada profesionalmente a matar a las personas que sufrían agonía, buscando privar del dolor al convaleciente y que no se extendiera la dolencia que acompañaba a la persona.

De otro lado, Leal (2017) sostiene que es en el siglo XIII cuando se responsabiliza a la medicina de la eutanasia, pues para esa época los médicos asumían la responsabilidad de los procedimientos en sus propios ámbitos sanitarios y para lo cual se encontraban habilitados, no obstante, ya en el siglo XIX Marx en su tesis doctoral “Eutanasia Médica” propone a los médicos el cuidado de los enfermos terminales de manera técnica y humana.

Durante los siglos XX y XXI, el envejecimiento de la población y a la vez el incremento en las enfermedades degenerativas y terminales, hace que se retome el tema de la eutanasia con una posición fuerte frente a una muerte digna como alternativa en favor de la humanidad. Para Dworkin (1994), la eutanasia es un punto de encuentro entre la vida, su desarrollo y la misma muerte, basada en la autonomía del ser humano, por lo que no debe existir una discusión sobre una decisión autónoma.

1.2.1 Dilemas éticos de la eutanasia para el paciente

Como lo expresa Dworkin (1994), se ha convertido en algo cotidiano escuchar a pacientes terminales solicitar el poder terminar con su vida de alguna manera debido al sufrimiento prolongado al que están sometidos, sin que exista una posibilidad de mejoría en lo que se refiere a la salud, como también es habitual escuchar a médicos que han suministrado dosis letales de medicamentos para aliviar el sufrimiento de la persona.

Cada día se incrementa la cantidad de personas que toman la decisión de no querer llegar al punto de sufrimiento que no puede atenuarse con ningún tipo de medicamento o procedimiento. Según Jeremy Bentham (s.f) citado por Mendoza et al., (2016) es mejor tanto para el enfermo como para su familia darle culminación a esta y así tener una muerte digna, evitándole de esta manera el padecimiento y la agonía sin ningún motivo. Estos autores plantean

que “a pesar de que las valoraciones éticas sobre la eutanasia sean dispares, existe un consenso social mayoritario a favor de no castigarla, esto se manifiesta tanto en el eco alrededor de la casuística mediática como en la jurisprudencia” (p. 20).

Para un paciente existen dos razones principales por las cuales decide solicitar que le realicen la eutanasia, una es la constante agonía y sufrimiento por una enfermedad sin posibilidades de mejora y otra, la pérdida de la dignidad. Taboada (2000) señala que “(...) de los pacientes que solicitaron eutanasia activa durante el período analizado (agosto-diciembre de 1990), 56% lo hizo por un sentimiento de pérdida de dignidad y 47% abogando tener un dolor intratable” (p.93).

Así las cosas, es de suma importancia que el legislador reglamente la eutanasia con una serie de lineamientos tanto para quienes sufren de un dolor intolerable, como para las personas que consideran perdida su dignidad a causa de una enfermedad incurable y terminal.

Complementando a lo anterior, la eutanasia por dolor intolerable y en especial por la pérdida de la dignidad, podría presentar un debate basado en teorías teológicas, pues según afirma Taboada (2000) se debe tomar en cuenta la perspectiva cultural y religiosa del enfermo para saber cuál es su concepción de buen morir, ya que dependiendo de estos criterios, la persona verá la eutanasia como apropiada o impensable.

Colombia al ser un país mayoritariamente católico y en el que convergen diferentes religiones, ha sido testigo de variados grupos de detractores a la eutanasia. De acuerdo con Taboada (2000) “las convicciones morales y religiosas determinan lo que se considere el comportamiento adecuado frente a la muerte, tanto para el que está muriendo, como para los que lo atienden” (p. 95) siendo así que posiblemente muchas personas que se encuentren entre las

condiciones para que les sea realizada la eutanasia, se nieguen a la realización de la misma ya que es una decisión personal.

En esencia, la percepción religiosa sobre el suicidio y la eutanasia es asociada como un pecado, de acuerdo con Rojo y Negro Digital (2005) incluso Benedicto XVI en sus comunicaciones, ha establecido que varios asuntos de carácter religioso no son iguales en peso moral, y por ende, aquellos que son denominados creyentes católicos, podrían tener opiniones alternativas sobre algunos temas como la guerra o la justicia, relacionado con la pena de muerte, pero en temas tales como el aborto o la eutanasia, existe un mandato expreso donde se prohíben dichas prácticas.

Sin embargo, Colombia al ser un Estado laico en concordancia con el artículo 19 de la Constitución Política, no debe tomar en cuenta ningún tipo de postura religiosa para la elaboración de una ley, también es válido aclarar que ya existe un mandato de la Corte Constitucional que exhorta al legislador a materializar la Ley de la eutanasia en Colombia por lo tanto, es inadmisibile que esta Ley no exista en el país, pues priva a los ciudadanos de decidir sobre el fin de su vida de una manera digna.

El paciente no debe ser sometido a la precariedad que su enfermedad le provoca, ya que dentro de sus derechos se encuentran la dignidad y la salud, que no pueden ser obtenidas por medio de un tratamiento médico. Para cuestionar y considerar la eutanasia, existen tres aspectos fundamentales en los cuales se encuentra inmerso el convaleciente, a saber: la autonomía, el paternalismo y la moral.

Dworkin (1994) argumenta que la autonomía del paciente se debe respetar en todos los criterios personales, pues la vida humana tiene un valor intrínsecamente relacionado con una muerte digna, por lo tanto, debe respetarse la autonomía y asegurarse una serie de condiciones

que el paciente requiera para concretar una muerte con dignidad, siendo claramente autónoma la decisión de dar por terminado el sufrimiento prolongado. En ese contexto, se hace necesario que el legislador establezca tanto el procedimiento como el espacio óptimo en donde se realizaría y un personal idóneo y dispuesto para tal fin.

Adicionalmente, el paternalismo puede verse presente en el ejercicio de la eutanasia, de acuerdo con Dworkin (1994) en el paternalismo otra persona que no es el paciente, interviene con el fin de evitar a toda costa que se lleve a cabo el procedimiento, presumiendo que a futuro se pueda remediar lo aparentemente irremediable, pues “ pensamos que no conoce cuáles son sus propios intereses, y que nosotros conocemos mejor qué es lo mejor para él” (p. 251). Es así como se presentan dos fenómenos: el egoísmo de los familiares para afrontar la pérdida de un ser querido o lo contemplado en esta investigación, relacionado a la incapacidad del Estado para legislar estos asuntos y librar a las personas del dolor que los agobia.

La tercera cuestión tratada por Dworkin (1994) es la moral, fase donde la eutanasia es vista como la vulneración a la sacridad de la humanidad, incluso si el paciente desea morir como derecho propio y para liberarse del sufrimiento que no está en capacidad de soportar.

La autonomía del paciente debe ser respetada por el Estado Social de Derecho colombiano, las ramas ejecutiva y legislativa no pueden entrar en paternalismo estatal, pues en Colombia todos los ciudadanos son libres en cuanto a la forma de auto determinarse, es decir, en la forma de desarrollar y terminar su vida. La Corte Constitucional hace referencia a este punto de la siguiente forma:

(...) reconocer el derecho individual de autonomía - dice R. Dworkin - hace posible la auto creación la cual permite que cada uno de nosotros seamos responsables de formar nuestras vidas de acuerdo con nuestra personalidad,

coherente o incoherente, pero distintiva, nos permite guiar nuestras vidas en vez de ser guiados para que cada uno de nosotros podamos ser lo que deseamos ser. Permitimos que una persona escoja la muerte en lugar de una amputación, o una transfusión, si ese es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a una vida estructurada de acuerdo con sus propios valores (T-401/94, 1994).

La decisión del paciente cobra un papel importante ya que está estrictamente ligado al derecho a la salud, como también a la libertad, derechos que se encuentran plasmados en la Constitución Política. No puede existir autonomía sin salud, pues tratándose de enfermos terminales o con enfermedades consideradas degenerativas, no existe una plena autonomía al depender de otras personas y de ayudas exógenas para su subsistencia, cuando una persona está en el estado de salud contemplado para la eutanasia, tampoco tiene derecho a la libertad al encontrarse restringido a la sala de un hospital o a lo que su cuerpo le dicte por lo tanto, la autonomía como otros derechos son perdidos por un paciente que puede ser peticionario de la eutanasia, frente a esto es necesario observar lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 239 de 1997, así:

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 (p. 11).

De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que en el debate ético y moral sobre el procedimiento médico de la eutanasia no puede incluir al paciente que desea la realización del procedimiento, puesto que esta persona es la que sufre los dolores causados por su enfermedad, es quien ve sus derechos fundamentales limitarse, como también es quien decide sobre cómo darle un final a su vida, estos ámbitos internos del paciente deben ser solucionados por él, al ser quien padece la enfermedad y quien decide vivir o morir de una forma u otra.

El Estado debe otorgar al ciudadano la posibilidad del buen morir y si la rama legislativa está obviando este deber, tendrá que responder por el dolor causado a los allegados y al paciente por la ausencia de normatividad que inevitablemente extiende su dolor hasta tomada una decisión judicial.

Cabe aclarar que el aspecto ético, religioso y moral de la persona, también puede hacer que esta decida prologar su vida a pesar del sufrimiento o de la afectación de los derechos fundamentales anteriormente mencionados, ya que él es dueño de su vida y de su autonomía, según la Corte Constitucional en la Sentencia C- 239 de 1997:

(...) 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 (p.12).

Por lo anterior, es claro que en Colombia todo ciudadano tiene derecho de establecer en qué términos desea vivir y morir, sin que existan ningún tipo de discrepancias con el Estado

después de tomada la decisión, en este orden de ideas, cualquier demora o resistencia a la decisión de realizarse la eutanasia es una causal de responsabilidad del Estado colombiano, pues ocasiona un daño moral a los allegados del convaleciente y genera un sufrimiento al mismo que no está obligado a soportar.

Así las cosas, no es razonable que los ciudadanos con enfermedades terminales dolorosas, sufran prolongadamente sin que puedan tomar la decisión libremente de terminar con ella mediante una muerte asistida, con un profesional en la materia, sin que tenga que haber una decisión judicial de por medio, pues entonces sería razonable cobrar al Estado los perjuicios causados a la tranquilidad, la estabilidad emocional y económica de aquellos seres queridos que están ahí con el paciente día tras día, así como lo sufrido por el convaleciente.

1.2.2 La perspectiva ética y moral de la medicina sobre la eutanasia

Como bien se indicó anteriormente, la ética y la moral presentes en la eutanasia no pueden ser ejercidas ni debatidas con un ciudadano que no se encuentra en las condiciones terminales de un paciente que solicita el procedimiento médico de eutanasia, pues él es dueño de su vida y será quien decida hasta qué momento batallar con la enfermedad, también determinará si su vida es o no digna y decidirá sobre cómo desea terminar esta, cosa contraria a lo que sucede con los médicos ya que en este caso están ejerciendo su profesión y las condiciones sobre la ética y moral pueden cambiar.

La tecnología puede mantener un paciente y prolongar la vida por medio de ciertos procesos, pero es bien sabido que muchos de esos métodos realmente son tortuosos para el paciente, como la respiración asistida y/o que pueden ser aún más perjudiciales para la salud del paciente, como el mantenimiento del mismo en estado de inconsciencia o permanente sedación,

así pues, los médicos se enfrentan a una gran cantidad de dilemas éticos y profesionales respecto a la eutanasia.

La eutanasia es un tema que atañe tanto al paciente que de acuerdo a su estado físico decide tomar la decisión de no luchar más por preservar su vida, como también incluye al médico tratante, quien es el encargado de realizar el procedimiento que acaba con la existencia del paciente, según Creagh (2012):

En la práctica consiste en administrar drogas, fármacos u otras sustancias que alivien el dolor, aunque con ello se acorte la vida. La decisión de la aplicación de la eutanasia ha sido un problema persistente en la historia de la humanidad, ideologías diversas se enfrentan defendiendo sus argumentos de si debe o no practicarse (p.151).

La práctica de la eutanasia no solo se trata sobre las acciones técnicas a realizar por parte de los médicos, pues este procedimiento también afecta el ámbito ético del médico delegado para la realización del mismo. Los orígenes de los debates éticos sobre la eutanasia también se originan en Grecia, donde a pesar de ser socialmente aceptada, el filósofo griego Heráclito consideró que no era procedente terminar con la vida del ser humano solo porque este lo pidiera. De igual forma, el Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011) señala que:

En el siglo V A.C. la Escuela Hipocrática adoptó una posición radicalmente diferente a la que prevalecía en su época, condenando explícitamente el aborto y la eutanasia. Es así como, el Juramento Hipocrático señala: "No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco mortal, ni haré semejante sugerencia.

Igualmente, no proporcionaré a mujer alguna un pesarlo abortivo. En pureza y santidad mantendré mi vida y mi arte (p. 648).

Siendo así el inicio del debate que sitúa a los médicos entre su obligación de salvar vidas y su compasión con otro ser humano que sufre, en la edad media la discusión es zanjada por el control de la iglesia en el mundo, según (Aries, 2011) en la edad media debido a las creencias religiosas muy marcadas, se dejó por hecho que el hombre no debe escapar de la muerte y tampoco exaltarla y que solo Dios es quien tiene ese derecho.

En la segunda guerra mundial, la Alemania nazi utilizó la eutanasia con fines eugenésicos, lo que llevó a que no se viera con buenos ojos al final de esta guerra, pues el empleo del procedimiento se destinó para disminuir los gastos estatales y para exterminar la población con discapacidad, lo que de ninguna forma concuerda lo con definición de buen morir.

Tiempo después y debido a la paulatina aparición de procesos judiciales donde se solicitó la eutanasia, el debate ha vuelto a resurgir con diferentes posturas respecto a la práctica de este procedimiento, pero claramente con una mayor aceptación, pues han sido varios los países que han decidido legalizarlo. Para Reis de Castro et al., (2016):

La muerte asistida está permitida en cuatro países de Europa Occidental: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo y Suiza; en dos países de América del Norte: Canadá y Estados Unidos, en los estados de Oregón, Washington, Montana y Vermont; y en América del Sur, en Colombia (p.357).

De acuerdo a anterior, podría decirse que Colombia es uno de los países considerados más avanzados en este asunto, desde 1997 la Corte Constitucional decidió permitir la eutanasia, pero esta es una falsa imagen, ya que desde dicho fallo solo se ha realizado una eutanasia en el país, que fue la realizada al papá del caricaturista Matador en el año 2015.

También de la anterior información, se observa que son varios los países que han legalizado esta práctica, sin embargo, a pesar de que este procedimiento sea cada vez más aceptado en el mundo, los cuestionamientos a los profesionales de la salud que lo realizan, nunca estarán terminados.

En la eutanasia existen dos actos médicos que definen por completo el procedimiento, el primero de ellos es el dictamen emitido por el médico, en el cual se decide si la enfermedad del paciente es terminal y se determina si el dolor sufrido es tormentoso e intolerable, en este momento puede decirse que el médico está sometido a un debate ético, ya que se debe emitir un concepto sobre la vida de otra persona, concepto que permite la realización del procedimiento.

El segundo acto que el médico debe realizar, es la práctica del procedimiento de eutanasia cuando está ya ha sido aprobada, en ese instante el médico se ve enfrentado al juramento hipocrático y a su deber de salvaguardar la vida humana, por lo tanto, siempre su labor será controversial.

Podría verse entonces, que el médico realiza una acción contraria a la función contemplada para esta profesión, pues su actuación se traduce en terminar con una vida, pero este debería ser un sentimiento contrario, según lo plantea Campos et al., (2001):

el acto médico deberá nutrirse de un sentimiento positivo, una empatía por la vida humana que se traduzca en la procura de mayores y mejores condiciones para el desarrollo armónico de la existencia humana, sólo obrando así el médico habrá cumplido con el objeto de su ministerio: restaurar en el máximo grado posible los dos bienes supremos de su paciente puestos en riesgo por la enfermedad, la integridad psicofísica y la capacidad de autorrealización (párr. 96).

La moral y la ética del médico ha estado siempre marcada por la religión reinante en el país y en el momento, pues es necesario observar que, en el pasado, acciones como la transfusión de sangre o las autopsias no eran permitidas, de acuerdo al paso del tiempo dichas acciones han sido permitidas cuando se han demostrado necesarias para el ejercicio de la medicina, frente a esto Campos et al., (2001) manifiesta que:

(...) determinados principios y valores marcan los fines de la acción de la bioética: el respeto de la vida humana y el principio de autodeterminación de la vida. Ambos principios no suprimen otras normas más concretas y específicas, también relacionadas con la discusión acerca de la viabilidad Eutanasia, como los son: El precepto de no matar, la noción de los medios proporcionados, el consentimiento libre e informado (párr. 109).

La medicina busca proporcionar los medios para el bienestar del ser humano, como también el proporcionar a esta vida los medios necesarios para que se desarrolle con integridad y capacidad de autorrealización, si se observa lo que busca la eutanasia que es el buen morir, es decir, morir bajo unas condiciones dignas cuando la expectativa de vida no es favorable y el dolor sufrido es intolerable, existiendo en la solicitud de eutanasia un consentimiento del paciente, se podría afirmar que no debe ser considerado anti ético.

El ejercicio de la medicina está permeado por la bioética que tal como lo describe Campos et al., (2001) puede definirse como “ética de la vida” según estos autores “tiene como finalidad esencial servirse de las ciencias biológicas para mejorar la calidad de vida” (párr. 99) por esto, es necesario observar los principios que la rigen. La bioética tiene su origen de acuerdo con Siurana (2010) cuando en 1974:

El Congreso de los Estados Unidos crea la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento, para identificar los principios éticos básicos que deben regir la investigación con seres humanos en la medicina y las ciencias de la conducta (p. 122).

Por medio de esta entidad, se crean los principios bioéticos que deben ser tenidos en cuenta por el personal médico y científico del país en cuanto a la realización del procedimiento de la eutanasia, así como también por el legislador al momento de construir la ley de la eutanasia pendiente desde 1997, los principios de la bioética son la no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia.

El principio de autonomía según lo expresa Siurana (2010), es considerado como la libertad de auto determinarse, según este autor “la autonomía de una persona es respetada cuando se le reconoce el derecho a mantener puntos de vista, a hacer elecciones y a realizar acciones basadas en valores y creencias personales” (p. 124) este es un principio fundamental en la eutanasia, pues es necesaria la decisión consciente del paciente o de sus familiares cuando este no puede comunicarse.

Podría creerse que la decisión tomada por los allegados del paciente atenta contra este principio pero no es así, el consentimiento subrogado es una herramienta jurídica que permite a los enfermos terminales e incapaces recuperar derechos perdidos por la enfermedad, como la dignidad o la libertad a través de un tercero que son en este caso sus familiares y el médico tratante, en algunas oportunidades en un estado de convalecencia o enfermedad el paciente no puede darse a entender, por tal motivo, esta herramienta no es más que una defensora de los derechos perdidos.

El siguiente principio es el de no maleficencia, el cual, desde el punto de vista de Siurana (2010) hace referencia a no hacer daño, está claro que la eutanasia no consiste en hacer daño, pues al contrario lo que busca es liberar del daño y del dolor causado por una enfermedad a una persona, por lo tanto, la eutanasia tiene un enfoque hacia la empatía con la otra persona.

El principio de beneficencia de acuerdo con Siurana (2010) “consiste en prevenir el daño, eliminar el daño o hacer el bien a otros. Mientras que la no-maleficencia implica la ausencia de acción, la beneficencia incluye siempre la acción” (p. 125) este principio es el de mayor compatibilidad con la eutanasia, pues como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, la eutanasia es concebida como el buen morir, por medio de la inferencia de un galeno especializado en dicho procedimiento.

El último principio ético a tratar es el de la justicia, en concordancia con Siurana (2010) “la justicia es el tratamiento equitativo y apropiado a la luz de lo que es debido a una persona. Una injusticia se produce cuando se le niega a una persona el bien al que tiene derecho o no se distribuyen las cargas equitativamente” (p.127). Frente a este principio, se observa que el Estado colombiano es quien no lo cumple a cabalidad, al no facilitar las condiciones para que la eutanasia pueda ser practicada en todo el país.

En concordancia con todo lo anterior, es posible advertir que la eutanasia no va en contra de la ética del médico o de la bioética, sino por el contrario, esta se ajusta a todos sus principios, no puede verse a un médico o a un paciente como una persona anti ética por practicar o desear la práctica de este procedimiento, ya que el origen y sentido del mismo proviene de la empatía y del querer ayudar aliviar a otros el dolor sufrido.

La eutanasia debe dejar de verse como un tabú, ya que esta es una gran herramienta para liberar al paciente y a sus allegados del dolor físico y emocional que se presenta por una

enfermedad catastrófica, el Estado debe garantizar el acceso a este servicio sin ningún tipo de dilación o interferencia, pues el hacerlo está entre sus deberes de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Prologar el sufrimiento del paciente puede en cambio considerarse como una conducta anti ética que, sin duda alguna, genera daños emocionales que podrían eventualmente ser cobrados por los familiares del paciente, teniendo en cuenta lo decidido por las altas cortes respecto a la eutanasia, pronunciamientos que no han sido atendidos por el legislador como se observará en el siguiente capítulo.

Capítulo II. El derecho a morir dignamente, ¿un derecho utópico?

Como se mencionó en el anterior apartado, es importante identificar dentro de este capítulo cómo la muerte misma del ser humano no se puede escapar bajo ninguna circunstancia de las políticas públicas que emite el Estado colombiano, ya que la estructura misma del Estado Social de Derecho que surge con la promulgación de la Constitución Política de Colombia, determina que prevalece en todos los escenarios, el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos sobre la vida por lo tanto, este regula hasta la propia muerte del ciudadano.

En diferentes momentos de la historia, en el país se han generado un sinnúmero de debates con relación a la muerte digna que puede tener un ciudadano como opción frente a aquellas situaciones de salud irreversibles decretados por parte de los Comités Médicos, cabe aclarar que en la situación descrita no sufre solo el paciente sino también su familia o seres allegados, pues es en este evento donde estas personas deben asumir un papel importante frente a la pérdida, dolor y recuperación de las personas.

Bajo dicha perspectiva, no existe en la actualidad una regulación normativa frente a la eutanasia en Colombia, y por ello, la Corte Constitucional en sus diferentes sentencias que se estudiarán en líneas posteriores, ha llamado al Congreso de la República a legislar sobre la materia; temática que ha generado gran polémica, sectorizando al país en dos grandes corrientes del pensamiento. Por una parte, están los ponentes del respeto a la vida donde manifiestan que la misma se debe proteger (hasta el último suspiro que puede emitir una persona); y, por otra parte, están los que aseguran que los seres humanos en estado terminal donde la medicina no les puede ofrecer ninguna solución a sus dolencias, tienen derecho a acceder al procedimiento médico de la eutanasia y a que no se extiendan sus dolencias en el tiempo, como tampoco a sus seres queridos.

2.1 Los antecedentes jurisprudenciales del derecho a morir dignamente

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en relación a la problemática de la eutanasia, es así como mediante la Sentencia C-239 de 1997, se generó un gran hito en la materia al abordar la eutanasia, denominada en el país como “derecho a una muerte digna”, a través de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 326 del Código Penal, en el cual se encuentra tipificado el delito de homicidio por piedad; así las cosas, la decisión de la Corte Constitucional decidió declarar exequible (constitucional) el homicidio por piedad, creando la excepción en este tipo penal por medio de dos requisitos los cuales son el consentimiento del paciente y la realización del procedimiento por parte de un médico, cumpliéndose dichas condiciones no habrá responsabilidad de carácter punitivo para este último.

La sentencia anteriormente mencionada enfatizó en que la vida es un valor, un principio y derecho fundamental, como también es el fundamento del uso de todos los derechos; no obstante, en los casos que la existencia de un ciudadano colombiano se encuentra reducida en su dignidad por una enfermedad grave e irremediable, surge el dilema de si el paciente tiene la posibilidad de decidir entre continuar con su vida o morir por medio de un procedimiento médico que garantice su dignidad y en cumplimiento de la libertad individual establecida en la norma de normas. El Estado está en la obligación de proteger la vida de todos los ciudadanos, pero el cumplimiento de este deber tiene que ser desarrollado en concordancia con la dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

Así las cosas, la Sentencia objeto de estudio desarrolló la dignidad humana como principio desde la posibilidad de diseñar un plan vital de las personas; así como la fundamentación en ciertas condiciones materiales e inmateriales necesarias para la plenitud del hombre como lo son la integridad física e integridad moral que el Estado colombiano debe

garantizar; de esta manera, la Constitución Política determina que el Estado colombiano se fundamenta en el respeto a la dignidad humana en concordancia con su artículo primero; esto hace referencia a que dicho derecho hace parte de los otros contemplados y en conjunto con la libertad, atienden a la superación de la persona (C.C.,C-239/97, 1997).

De acuerdo a lo anterior, en la Sentencia C- 239 de 1997 se observa cómo la dignidad humana de la persona dentro de este caso en cuestión, va enlazada con la solidaridad, por ello, el artículo 1 constitucional en concordancia con el artículo 95, determina que la solidaridad es un deber positivo de todo ciudadano para socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, todo esto con el fin último de que prevalezca el altruismo para suprimir el sufrimiento ajeno; es así como, la persona como sujeto moral y autónomo tiene la capacidad de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos de diferente naturaleza que sean de importancia en su vida diaria, por ello, el Estado colombiano debe ser partícipe en dichas decisiones, entre las cuales se encuentra la muerte digna de un ser humano y que de esa forma no se vayan a presentar situaciones que alteran directamente el equilibrio mismo de la persona. El Estado no puede permitir bajo ninguna circunstancia el sufrimiento irremediable de un ser humano por posturas que van en contra de la propia dignidad de la persona (C.C., C-239/97,1997).

Bajo el supuesto expresado anteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia mencionada pone de presente que no hay nada más cruel que forzar al ciudadano a continuar viviendo con una enfermedad catastrófica y dolorosa, a costa de una creencia ajena. Así mismo, teniendo en cuenta que el respeto a la dignidad humana, prima sobre cualquier concepción religiosa que contemple la prohibición a una muerte digna, desconociendo la posición a la que se enfrenta el paciente y su cosmovisión sobre lo que él considera como una buena muerte.

Puntualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-239 de 1997 manifiesta que “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad” (párr.2).

Traducido de otra manera, en la Constitución Política se establece la defensa de la vida como derecho fundamental pero adicionalmente, lo establece como un valor que trae consigo deberes a cumplir tanto por el Estado como por los individuos. Con todo y lo anterior, de conformidad con lo expresado por la Corte en esa oportunidad, no es posible que el Estado busque proteger este derecho constitucional si al mismo tiempo desconoce la autonomía de sus administrados.

Toda práctica médica que tenga como finalidad preservar la vida o terminar la misma debe ser consentida por el paciente, quien en este orden de ideas podrá decidir negarse a los tratamientos que tiene como objetivo prolongar su vida y que considere incompatibles con su forma de ver la vida con dignidad. Solo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo su subsistencia es compatible con la dignidad humana durante el padecimiento de la enfermedad. El derecho a la vida es inviolable pero el titular de este derecho tiene la potestad de decidir sobre el mismo.

En consecuencia, de acuerdo con la Sentencia C-239 de 1997 el estado colombiano tiene el deber constitucional de proteger la vida de sus administrados, pero dicha obligación debe ser cumplida teniendo como base el derecho a la dignidad humana y la libre autodeterminación de la persona. La Corte Constitucional decide en esta icónica sentencia que frente a los enfermos terminales que sufren de dolor irresistible debido a su enfermedad terminal el Estado Colombiano de respetar la decisión consciente del enfermo a no prologar su sufrimiento y morir

de forma digna cuando los informes médicos avalan esta decisión al corroborar que no existen posibilidades de mejora.

El Estado no puede oponerse al deseo del paciente de morir dignamente si su decisión es avalada por una junta médica que determina que la enfermedad padecida es terminal e insoportable y por lo tanto atenta contra su dignidad humana. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones contempladas por la Corte Constitucional y considera que su vida debe terminar ya que la considera incompatible con su concepción de dignidad, puede ser asistido por un profesional para concluir su existencia, sin que el Estado se encuentre facultado para sancionar al médico que asistió el proceso (C.C., C-239/97, 1997).

Luego de muchos años la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-970 de 2014 exhorto al Ministerio de Salud y Protección Social a elaborar una reglamentación del procedimiento médico de eutanasia, en donde se contemplará la configuración de un Comité Científico interdisciplinar el cual se debía encargar de garantizar el procedimiento médico de la eutanasia para pacientes en fase terminal que decidiera solicitarlo. Por consiguiente, el Ministerio de Salud y Protección Social expide la Resolución 1216 de 2015.

Según la Sentencia T – 970 de 2014 anteriormente mencionada, la eutanasia la puede solicitar cualquier enfermo en fase terminal mayor de 18 años, que solicite la eutanasia al médico que atiende su enfermedad para que así se garantice su derecho a morir dignamente. Es titular del derecho de acuerdo a la sentencia anteriormente mencionada los pacientes mayores de 18 años de edad que no pueden manifestar debido a su condición el deseo de practicarse el procedimiento de eutanasia, pero que lo hayan dejado previamente consignado mediante un documento de voluntad previa.

Así mismo, en el evento en que un profesional de la salud delegado por el Comité Médico manifieste un impedimento para realizar el procedimiento médico de eutanasia argumentando la objeción de conciencia debía presentar de manera escrita los motivos por los cuales considera no poder realizar el procedimiento, en este caso el Comité Médico deberá sin ningún tipo de dilación asignar otro profesional de la salud en un término no superior a las 24 horas.

Las EPS en concordancia con Sentencia T-970 de 2014 deberán garantizar tanto el acceso, como la realización efectiva del procedimiento médico de eutanasia con el fin de garantizar el derecho al buen morir. Las EPS a su vez son responsables de comunicar al comité y garantizar que el procedimiento médico sea ejecutado sin que exista interferencia de algún tipo, claro está teniendo en cuenta tanto el deseo del paciente de realizarse el procedimiento como el aval de la junta médica respecto al dolor y la enfermedad acontecida por el ciudadano (C.C., T-970/14, 2014).

Luego de la orden por parte de la Corte Constitucional para la creación de los Comités Científicos interdisciplinarios conforme a lo establecido anteriormente, en el territorio nacional colombiano han surgido casos posteriores como el enunciado en la Sentencia T-423 de 2017, donde se analiza el caso sobre la muerte digna teniendo como contexto las condiciones en que se encontraba el enfermo, así como el agotamiento de los recursos procesales y los derechos vulnerados hacia sus familiares o seres allegados, y también el parte médico que determinaba la posibilidad de proceder a la aplicabilidad de esta práctica.

En este caso concreto a la parte accionante tras diferentes procesos e intervenciones médicas, se le logró establecer una enfermedad de características carcinogénicas que se expandió por todo el organismo, deteriorando así todas sus funciones básicas. Por esta razón, la parte accionante expuso al médico las razones para que el mismo pudiera practicar la eutanasia

conforme a la Resolución 1216 de 2015. El médico tratante se opuso a iniciar el procedimiento correspondiente y por lo tanto la parte accionante se dirigió directamente al director del hospital donde el mismo le reiteró que no estaban en la obligatoriedad de realizar el procedimiento solicitado, incumpliendo de esta manera el mandato emitido por la Corte Constitucional en años previos a la ocurrencia de este caso.

Ante la negativa de la entidad prestadora de salud, la parte accionante junto con su familia se adentró a activar todas las vías jurídicas que la Constitución y la Ley otorga de manera limitada para estos casos en cuestión; en consecuencia, durante el proceso judicial y la gestión de los trámites, la parte accionante fallece, y en la documentación se resaltan los dolores, sufrimientos y quebrantos graves de salud que sufrió, situación por la cual la decisión judicial se da con carencia del objeto por daño causado, lo cual indica a la institución prestadora de salud que para otros procesos similares, se debe abstener de generar dilaciones u obstrucción de carácter administrativo para evitarle a los pacientes la prolongación de su sufrimiento innecesario.

De acuerdo a este caso, es posible observar cómo la falta de una ley expresa que obligue tanto a los hospitales como al personal médico a realizar la eutanasia, se ha convertido en un fortín para que hospitales y personal nieguen el servicio, sin importar el sufrimiento padecido por el paciente y sus allegados.

Posteriormente a lo anterior mencionado, se le ordena a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, dentro de los 4 meses siguientes contados a partir de la notificación de la providencia y que como una institución garante del control y de las relaciones de inspección, establezca los criterios necesarios para el proceso de morir dignamente y en esta medida, lograr su garantía como derecho. Así pues, tendrá también la tarea de hacer una inspección en el

funcionamiento de las EPS y las IPS que en la actualidad poseen toda la infraestructura y el personal profesional necesario para lograr realizar la práctica de la eutanasia.

Ciertamente, y manteniendo los anteriores argumentos, la Corte Constitucional ha establecido que la práctica de la eutanasia en el país no desemboca en una situación punible, en la medida en que es una decisión acordada entre un paciente y su médico, que, sosteniendo todas las capacidades y objetividad, y teniendo en cuenta la enfermedad terminal y el padecimiento de dolores, le permiten dicha intervención (Fonnegra, 2006).

Con todo lo dicho, la Corte Constitucional en la sentencia T- 544 de 2017, evidencia la petición relacionada con el ejercicio de solicitar la protección al derecho a morir dignamente en el caso de un menor de edad, ya que este procedimiento no fue prestado con eficacia y cumplimiento. De esa forma, todo se desprendió por el silencio que presentó la entidad prestadora de salud frente a la solicitud que elevaron los accionantes en relación a lo establecido en la Resolución 1216 de 2015, relacionada a los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad para su hijo menor de edad, puesto que el mismo desde su nacimiento ha padecido de una parálisis cerebral severa, generando así un deterioro cognitivo (C.C., T-544/17, 2017).

Las partes accionantes al ver el intenso dolor de su hijo menor de edad, presentaron la solicitud ante la entidad prestadora de salud, quien denegó el procedimiento manifestando que los padres del menor no interpusieron acción de tutela, como tampoco el desacato de orden judicial de los anteriores pronunciamientos sobre la eutanasia y por lo tanto la EPS no encontraba obligada a realizar el procedimiento médico del buen morir.

Conforme lo anterior, la parte accionante al ser testigo del dolor padecido por su hijo quien presentaba diferentes alteraciones en su salud, las cuales no le permitían vivir dignamente y que por el contrario conduciría a una afectación continua, solicitaron a los médicos atenuar el

dolor del menor y los médicos deciden mantenerlo sedado permanentemente y así evitar el dolor y la angustia que presenta el paciente al respirar. Los médicos sugieren a la madre que el niño continuara de esta forma hasta que cese su respiración, ocasionando a sus padres un gran dolor.

Finalmente, el niño fallece a consecuencia de un trastorno convulsivo, de lo que se concluye que se desconoció completamente la petición de los accionantes, frente al derecho a una muerte digna y evitar tanto sufrimiento ocasionado. Los accionantes manifestaron que la EPS Salud Total les indico la imposibilidad de realizar el dictamen médico que contempla la Resolución 1216 de 2015 para iniciar el procedimiento médico pues no tenían total certeza de la historia clínica del menor. En atención a esa respuesta los padres decidieron desistir del procedimiento debido a la dificultad de los tramites y los obstáculos presentadas.

La Corte manifestó en esta Sentencia T – 544 de 2017 que las pruebas obrantes a lo largo del proceso demostraron que el daño antijurídico se consumó debido a los obstáculos impuestos por la EPS, negando al menor el derecho a morir dignamente, el derecho de petición y el acceso a la salud. El fallecimiento del niño sin recibir la atención en salud requerida claramente vulnera los derechos fundamentales de él y de sus familiares, lo que según la corte conlleva a que el protocolo ya establecido perdiera todo sentido para el propósito de brindar el derecho a morir dignamente. Los hechos del proceso analizado demuestran que la omisión legislativa del Congreso al no regular la eutanasia por medio de una ley de la República, está causando un daño a los pacientes y familiares que solicitan dicho procedimiento.

En consecuencia, el derecho de petición no fue contestado por la EPS de acuerdo a lo solicitado y los derechos fundamentales del menor tampoco fueron protegidos a pesar de los pronunciamientos anteriores de la Corte Constitucional respecto a la buena muerte, por lo anterior, los padres del menor desertaron de su deseo de brindarle al menor una buena muerte

debido a las barreras burocráticas que impidieron que se atendiera las necesidades del paciente afectado por la enfermedad terminal. La situación vivida por estos padres y este niño es un claro ejemplo de que la inexistencia de una ley que obligue a iniciar el trámite de eutanasia a las EPS sin que el paciente tenga que acudir a las acciones constitucionales para el inicio de procedimiento médico está generando un daño antijurídico que los ciudadanos no están en deber de soportar y por lo tanto se origina responsabilidad del Estado.

Ahora bien, la Corte Constitucional emitió la Sentencia T-721 de 2017, donde el caso se desenvuelve en la solicitud del derecho a morir dignamente, también de un menor de edad con múltiples deficiencias psicomotrices por lo cual, se requirió adoptar los protocolos necesarios para el cumplimiento de las diferentes disposiciones que hacen parte del marco normativo sobre el derecho a morir dignamente, pues como se mencionó previamente, este derecho en Colombia se reconoció como fundamental y autónomo de voluntad, y reitera el exhorto al Congreso de la República mediante lo dispuesto en la sentencia T- 970 de 2014, para que en el término de dos (2) años, a partir de la notificación de dicha providencia, el legislador regulara el derecho a morir dignamente.

Por esta razón, como se ha reiterado en las jurisprudencias analizadas previamente, en la actualidad se evidencia que no es necesario ante el dolor y sufrimiento de un enfermo en estado terminal, prolongar la angustia de este, la eutanasia debería ser un procedimiento simple y expedito, pues cada día que pasa se causa un daño al paciente y a sus allegados. Es indispensable tener medidas de carácter extremo o, como última ratio para dar aplicabilidad a una muerte digna sin impactos judiciales para aquellas personas que lo ejercen, pues dichos trámites judiciales prolongan el sufrimiento intolerable del paciente.

Hay una generación de lo que se ha denominado como “carencia de objeto por daño consumado” que implica en primera medida un daño antijurídico al paciente y sus allegados, pero también ha derivado a que se ordene al Ministerio de Salud, a crear una directriz que implica vincular, explicar y protocolizar ante las instituciones médicas, las diferentes disposiciones de dicha decisión, una tarea que debería realizar el legislador, pues entre las funciones establecidas en el artículo 150 se encuentra hacer las leyes.

Así mismo, es obligación del Ministerio de Salud proponer a los profesionales en medicina, un protocolo interdisciplinario que permita generar diferentes procedimientos para aplicar el derecho a morir dignamente, o de ser posible contemplar una especialización y capacitación en este tema de algunos médicos que así lo deseen.

El personal médico ya no puede argumentar el miedo a la punibilidad como una causal de negación a la realización del proceso, desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la decisión de dar culminación a su vida por parte del paciente es de carácter voluntaria, siendo esta imposible que sea punible, además que no se da en un contexto de intencionalidad que de hecho, se propone de manera contraria en la medida que se realiza con conciencia o con autorización de los familiares del paciente y que posibilita la decisión sobre el derecho a la muerte digna, asumiendo así la posibilidad de finalizar con los sufrimientos.

Para llegar a buenos términos en función de generar la aplicabilidad de la eutanasia, es fundamental establecer 3 componentes para la generación de este proceso, lo que implica verificar los niveles de profesionalismo de las personas que lo van a realizar, la autonomía que subyace a la decisión por parte del paciente, y que este no sea con fines de carácter económico.

En virtud de lo anterior, es imprescindible establecer la posición que tiene la Corte Constitucional con respecto a los pacientes que, de manera libre y voluntaria, han accedido a esta

decisión y que es de carácter obligatorio para las entidades de salud que, a través de su personal deben materializar este mandato constitucional a pesar de no tener una ley específica. En consecuencia, deben las entidades prestadoras de servicios en salud capacitar a su personal frente a los criterios de manejo, como también de la respectiva aplicación de la eutanasia, establecidos de momento (ya que es deber del legislador) en las resoluciones del Ministerio de Salud.

La eutanasia debe ser libremente practicada por quienes así lo deseen y cumplan los requisitos exigidos por la Corte Constitucional, no debe importar si el paciente es menor o mayor de edad, pues se encuentra en detrimento su dignidad, su libertad y su derecho a morir dignamente, lo que lo hace acreedor debido a su estado de salud a este derecho, de acuerdo a los antecedentes judiciales anteriormente analizados es posible observar que la jurisprudencia y las resoluciones emitidas por el Ministerio de Salud, no están siendo suficientes para que se cumpla el mandato de la Corte, lo que está generando un daño antijurídico a los pacientes que no están en deber de soportar.

Ahora bien, ya habiendo realizado el análisis jurisprudencial respecto a morir dignamente en Colombia, es pertinente analizar la escasa normatividad existente sobre el procedimiento en mención, claro está, resaltando que el Congreso de la República incurre desde el 2014 en una omisión legislativa que causa daños antijurídicos a los administrados que deciden realizarse este procedimiento y a sus familiares.

2.2.1 Normatividad del derecho a morir dignamente, la ausencia del legislador

El Ministerio de Salud y Protección Social estableció el 9 de marzo del 2018 da Resolución 825, por medio de la cual se regula el protocolo para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad en niños, niñas y adolescentes, en cumplimiento con lo decidido por la Corte

Constitucional en la Sentencia T-544 del 2017 teniendo en cuenta el interés superior del menor. La Superintendencia Nacional de Salud, dentro de sus funciones de Inspección, Vigilancia y Control, en concordancia con la resolución en mención y con los pronunciamientos de la Corte Constitucional tiene como deber realizar un seguimiento para que se garantice el ejercicio del derecho a morir dignamente a partir del reporte realizado por parte de las IPS sobre una solicitud de eutanasia entregada al Comité Médico que debe existir en cada EPS, así como también tiene el deber de establecer los mecanismos internos necesarios para cumplir esta función.

Con la Resolución 1216 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social, resuelve las directrices para la conformación y funcionamiento de los Comités Científicos Interdisciplinarios que garantizan el derecho a morir con dignidad de acuerdo con las condiciones definidas en las Sentencias C- 239 de 1997 y la T- 970 de 2014 (Resolución, 1216 de 2015).

Además, en la referida Resolución se establecen los conceptos de enfermo en fase terminal y cuidados paliativos, así como los criterios para las garantías del derecho a morir dignamente en donde prevalece la autonomía del paciente. A su vez, en el capítulo II artículo 6 determina la conformación de un comité interdisciplinario para el derecho a morir con dignidad, a cargo de las IPS y estará conformado por tres (3) integrantes, un médico con la especialidad de la patología que el paciente terminal que no debe ser su médico tratante, un abogado y un psiquiatra o psicólogo clínico, profesionales designados por la IPS (Resolución, 1216 de 2015).

Según lo analizado e investigado por el Ministerio de Salud en los años 2015 y 2018, fue dado a conocer mediante protocolos la aplicación del procedimiento, es así que la eutanasia en Colombia arroja los siguientes puntos importantes para traer a colación frente a tan discutido tema, en el cual se evidencia que en virtud de los criterios y logros científicos de los profesionales en la salud, es muy sano y conveniente agotar recursos terapéuticos para

salvaguardar la vida y conservar la buena salud en los enfermos terminales, que por algún motivo aún tienen otra luz de esperanza, antes de tomar la decisión de una muerte digna, esto para despejar la incertidumbre creada en los profesionales de la salud y demostrar que cuando se recomienda la eutanasia, estos no lo hacen con el fin de terminar una vida sin antes haber hecho todo lo posible para salvarla, es

así como en este documento extraído directamente del ministerio de la salud se presentan las mejores recomendaciones que se deben tener en cuenta en el momento de tomar la decisión y solicitar la eutanasia para obtener una muerte digna en Colombia (Ministerio de Salud, 2015, párr. 4).

El protocolo emitido por el Ministerio de Salud, se obtiene una información muy definida respecto de lo que es realmente un enfermo terminal y que es susceptible a la aplicación de la eutanasia en Colombia, dado que dicho paciente está médicamente comprobado que tiene una enfermedad avanzada, progresiva e incontrolable, que según los criterios médicos esta misma ya no responde a ningún tratamiento que se le ofrezca dada su evolución y que solo se da un sufrimiento prolongado con una duración no superior a seis meses.

Los criterios clínicos con pronósticos para enfermos terminales ya sean oncológicos o no cobran importancia en el derecho a morir dignamente, para lo cual el médico tratante debe contar con el conocimiento total sobre el historial clínico del paciente, y poder determinar su estado real como enfermo terminal, debe mantener el uso de escalas de predicción clínica en los pacientes que presenten enfermedades oncológicas y relacionarlas mediante cuidados paliativos, escala paliativa funcional, escala funcional de Karnofsky que significa una “escala funcional desarrollada en oncología y ampliamente utilizada, que ha mostrado ser útil para predecir la evolución en pacientes oncológicos y geriátricos” (Ministerio de Salud, 2015, p. 34).

Por todo lo anterior y con base en la línea jurisprudencial ya establecida en Colombia, en observancia de las falencias presentadas respecto al incumplimiento de lo ordenado por el legislativo y por las entidades médicas, se presenta una oportunidad para solicitar la reparación directa al Estado por la omisión legislativa del Congreso de la República, que como se verá más adelante es la causa por la cual este procedimiento no se realiza rápida y diligentemente.

Es claro de acuerdo a este acápite, que el Ministerio de salud y Protección social está realizando el trabajo del Congreso de la República, al estandarizar un procedimiento para la eutanasia, sin embargo, este no garantiza la universalidad del procedimiento, ni tampoco obliga a las entidades prestadoras de servicios en salud a realizarlo, lo que obliga a los pacientes a acudir a instancias judiciales prolongando el dolor de estos y de sus familiares, generando un daño antijurídico que no están obligados a soportar.

El Congreso de la República está incumpliendo las funciones enunciadas en el artículo 150 de la Constitución, como también incumple con los fines y deberes del Estado Social de Derecho, pues la función del Congreso es esencial para la defensa de los derechos contemplados en la norma de normas, por lo tanto, el Congreso de la República está generando un daño a los pacientes que solicitan la eutanasia.

2.2.2 Requisitos jurisprudenciales para acceder al derecho a morir dignamente

En el territorio nacional colombiano, el tema de la práctica de la eutanasia ha generado polémica por las creencias religiosas existentes y dominantes en el país, lamentablemente, aunque Colombia sea un país laico, la existencia de una religión dominante genera que la sociedad se impacte en las decisiones de reglamentación, por lo cual, la omisión del legislador

frente a la eutanasia no se trata de una obstrucción netamente legal, pues también se chocan concepciones éticas, morales y religiosas.

Se considera en esta investigación que la ética no puede ser una excusa o impedimento para la legislación de la eutanasia, pues no existe una falta ética o moral según las razones humanísticas ya expuestas en el capítulo primero de este texto, también según los conceptos emitidos por parte de los Colegios de Bioética y el Foro Consultivo Científico y Tecnológico en las sentencias analizadas, es posible concluir que no existen impedimentos científicos o éticos para la realización del procedimiento de eutanasia, según el planteamiento por Villa & Morales (2016):

Debe eliminarse toda terminología adjetivadora del término eutanasia, pues genera confusión o redundancia: la eutanasia es activa, directa y voluntaria. La eutanasia pasiva no es eutanasia, es limitación de esfuerzo terapéutico; la eutanasia indirecta no es eutanasia, es una complicación médica; la eutanasia no voluntaria no es eutanasia, es homicidio doloso; los fines eugenésicos o de control poblacional no son eutanasia; etc. (p. 326).

Así las cosas, con el Auto 557 de 2018, se procede a resolver temas de nulidad solicitada frente a la Sentencia T- 721 de 2017, la cual presenta fallo por negligencia de la entidad de salud en el procedimiento de la práctica del buen morir en una persona con enfermedad terminal vulnerando su derecho a una muerte digna y se le ocasionó un sufrimiento prolongado que no se encontraba en la obligación de soportar. En este Auto se evidencia claramente la decisión de la afectada, en no seguir prolongando el padecimiento dado que este no tenía ninguna solución y por lo tanto era indigno para ella darle continuidad, por lo que se hace necesario ser consecuentes con lo proferido en la sentencia T-721 de 2017, entonces, las entidades promotoras de salud

deben responder por los daños causados a los accionantes y resarcir por su omisión frente al desempeño del requerimiento dado ante la petición de un procedimiento allegado al buen morir y en condiciones autónomas y dignas (Ocampo, 2018).

En virtud de lo anterior, el presente estudio establece la necesidad de identificar el tipo de responsabilidad que tiene el Estado, en relación con aquellos pacientes que tienen enfermedades terminales degenerativas, o incluso sufrimientos de carácter inhumano y que ciertamente desde los preceptos sanitarios ocasionará graves consecuencias, afectando de manera clara su dignidad. Allí es donde opera un necesario análisis sobre los conceptos de vida, muerte y su relación con la dignidad, que implica generar una muerte por compasión y su perspectiva en el derecho. De esta manera, es necesario generar reflexiones que implican revisar esos cuidados paliativos y en cierta medida la única opción que dentro de la moralidad es aceptable.

Como lo cita Yolanda Guerra García en su aporte sobre eutanasia en Colombia, esta práctica eutanásica está penalizada por los artículos 106 de la ley 906 del 2004 y el 107 del actual Código Penal, con lo cual se relaciona la sanción a la inducción o ayuda al suicidio (Guerra, 2012).

Con respecto de esta apreciación, y refiriéndose al homicidio por piedad o la inducción al suicidio asistido, se hace referencia a la pronunciación de la Corte Constitucional citado previamente, donde la Corte declara que el artículo del Código Penal en el cual se sanciona el homicidio por piedad o la inducción al mismo, se debe tener en cuenta que si este se lleva a cabo en circunstancias de lesión corporal o enfermedad grave e incurable y asistido por un profesional, quien cuenta con el consentimiento y la necesidad del mismo paciente o si este ya se encuentra en estado inconsciente, con la solicitud de sus familiares, esto se determina como un homicidio pietístico o eutanásico, el cual no debe ser sancionado dado que es la determinación de

una persona a morir con dignidad y poner fin a su sufrimiento prolongado, con ayuda de un profesional plenamente capacitado para llevar a cabo el procedimiento sin incurrir en ningún delito homicida ni estar induciendo al suicidio.

La decisión de la Corte es clara en la medida en que aduce que el Estado no puede negar la decisión de un individuo que, en efecto, realiza una solitud para morir de esta manera y cuyas características se han determinado como sufrimientos insoportables y su relación con la dignidad. Así pues, manteniendo la relación que en el paciente tienen las condiciones objetivas planteadas por el Código Penal en su artículo 326, y al plantear que debe dar por finalizada su vida porque contraría su derecho a la dignidad y puede en efecto realizarlo, esto implica que la Corte en cierta medida inhabilita al Estado para que se oponga a dicha decisión libre. Por lo cual, no se considera que la decisión de la Corte es minimizar su responsabilidad con el deber de proteger la vida como una relación biológica. En ese orden de ideas, manteniendo en análisis los elementos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, implica establecer que la eutanasia no resulta punible generando la posibilidad de dar fin a la vida si se sufre de una enfermedad terminal y le acompaña intensos dolores (Fonnegra de Jaramillo, 2006).

En perspectiva del Centro Jurídico Internacional, Colombia es uno de los primeros países con procesos de regulación sobre eutanasia a menores de edad, y que de hecho están amparados en la Resolución 825 de 2018 emitida por el Ministerio de Salud, para lo cual, se debe generar un proceso que guíe cada uno de los criterios y requisitos y que permite en efecto, aplicar la eutanasia como decisiones y derecho de una muerte digna.

Teniendo en cuenta la Resolución 825 que fue emitida el 9 de marzo del año 2019, se generó un proceso de reglamentación para la aplicabilidad de la eutanasia tanto para infantes como para adolescentes, estableciendo los siguientes elementos: para niños de 0 a 6 años, no está

permitida dicha práctica; para niños entre los 7 y los 12 años, deberá existir un criterio de carácter médico y de respectiva especialización, así como de aprobación por parte de ambos padres; de los 12 a los 14 años, deberá existir un acuerdo de voluntades tanto de los padres como de los menores, siempre y cuando se respete también la voluntad del paciente. Desde los 14 años en adelante, se puede practicar con la toma de decisión del menor, estableciendo que hay un caso crítico y existe una enfermedad terminal, siempre con asistencia médica. La Resolución sostiene los diferentes criterios, así como los posibles casos particulares que puedan generarse.

Se formula entonces comparar la legislación, que desde el ámbito normativo colombiano referente al principio de la dignidad humana, pero también de la vida y la libertad como elementos a proteger y, por ende, no dejar de vislumbrar los procesos uno a uno, para determinar el instante de la toma de la decisión y sus respectivas complejidades.

Así mismo, es necesario generar un proceso de reflexión sobre el sentido mismo de la vida y la muerte en perspectiva jurídica y cultural, para articular y comprender como derecho fundamental, proponiendo en el aspecto normativo, cada uno de los lineamientos posibles, sosteniendo la dignidad humana como rector de la vida y la libertad, evaluando la eutanasia como un proceso también moral que supone la necesaria decisión de dejar de vivir, sea por parte del paciente o de un tercero.

En la Resolución 1216 de 2015, el pronunciamiento nacional por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, imparte directrices relacionadas al derecho a morir con dignidad en consonancia a las Sentencias C-239 de 1997 y la T-970 de 2014, solicitando que mediante comités interdisciplinarios se disponga de todo lo necesario en las entidades prestadoras de salud para realizar de manera efectiva el derecho fundamental para el individuo que así lo solicite.

Para llegar a estas resoluciones emitidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, se relaciona el Decreto Ley 4107 de 2011, por el cual se determinan los objetivos y se estructura del Ministerio de Salud con la integración del Sector Administrativo de la Salud y la Protección Social.

2.3.1 Requisitos estructurales en la solicitud de la eutanasia

En primera medida, como requisito se encuentra la condición médica, la cual se enfoca en la naturaleza de enfermedad del paciente quien es el interesado en solicitarla, para así mismo lograr establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar donde se va a aplicar este procedimiento que como se ha indicado debe ser conforme a los mandatos emanados de la Corte Constitucional, dado el criterio médico como referente evaluador final en la situación del paciente.

En segundo lugar, se encuentra la evaluación del sufrimiento, con la cual se determina hasta qué punto es tolerable el sufrimiento y el dolor que emana del paciente y si este tiende o no a tener alguna mejoría, esto evaluado con diferentes percepciones de médicos expertos en el tema que evalúan al paciente solicitante, pero también teniendo de presente la voluntad del peticionario.

En tercer lugar, se debe revisar la inexistencia de más alternativas de tratamiento razonables, puntualizando estas en las terapias y tratamientos ya ofrecidos y ejecutados por la parte médica tanto en especialistas del dolor y sus respectivos cuidados paliativos y en observancia de lo que piensa y decide el paciente luego de haber recibido estos tratamientos y de los cuales ya se han agotado todos los medios para evitar su sufrimiento.

En cuarto lugar, se toma en cuenta la persistencia en la solicitud explícita, que no es otra que tener en cuenta la recurrencia de la solicitud expresa por el paciente y que no haya dejado de

solicitarla durante los 25 días exigidos por ley ante esta solicitud el médico deberá cerciorarse de que esta voluntad no se encuentre coaccionada por terceros o voluntades ajenas al mismo paciente. Para esto se hace necesario tener un escrito en la respectiva historia clínica y conversaciones sostenidas con otros médicos donde también les haya manifestado su voluntad y decisión.

El quinto requisito está encaminado a la evaluación de la capacidad para decidir y que básicamente es dada por un psicólogo o psiquiatra encargado de evaluar la salud mental del paciente y la cual debe ser prioritaria ante cualquier otra toma de decisiones a posteriori la cual debe ser presentada al comité o junta médica.

El sexto requisito será la segunda valoración, la cual será realizada por un comité científico interdisciplinario para el derecho a morir con dignidad, este segundo evaluador como ser independiente no pudo haber tratado al paciente en ningún momento y debe ser imparcial al momento de evaluar los criterios recibidos por los médicos tratantes.

El séptimo y último requisito tiene que ver con la integridad de la evaluación y esta se lleva a cabo luego del estudio del caso tanto de la parte médico tratante como del comité científico quiénes integrarán criterios a manera razonable y se verificará con la familia del paciente y con este mismo para informar cada etapa del proceso en acompañamiento si es el caso del psicólogo encargado.

Como lo determina Peter Singer la vida comienza desde múltiples conceptos, desde su concepción, desde que nace, desde que adquiere capacidad para tomar decisiones etc. Considerando que el derecho a una vida digna es inherente al ser humano desde su comienzo y por lo cual, al existir vida es obligatorio pensar en la muerte y que también debe tratarse con dignidad, todo esto dependiendo el momento, modo y lugar (Jouve de la Barreda, 2011).

Por ello, el enfermo que en situaciones de grave enfermedad tome la decisión de dar culminación a su vida, debe tener pleno conocimiento de las alternativas y posibilidades que existen frente a su enfermedad y los tratamientos pertinentes a esta, como también los resultados y que estos al ser evidentes en un padecimiento sin mejoría alguna es muy consecuente que se respete la autonomía del sujeto o sus familiares dado el caso, para dar paso a tomar posesión de ese valor que no tiene precio en el ser humano como es la dignidad y que en este caso es frente a una muerte asistida con el único fin de terminar un sufrimiento y una prolongación del mismo sin ninguna justificación. (De Miguel Sánchez & López Romero, 2006)

Finalmente surge el interrogante ¿Por qué sigue sin funcionar la eutanasia en el país?, mediante sentencias y resoluciones normativas el aspecto técnico de la eutanasia ya se encuentra bastante abarcado, la despenalización es clara y aplicable de acuerdo a estos lineamientos establecidos, sin embargo en diferentes momentos las entidades prestadoras de salud no la prestan oportunamente, obligando a que los pacientes o sus allegados interpongan acciones de tutela y demás procedimientos lo que conlleva a que se prolongue el sufrimiento, el desgaste emocional y psicológico para el paciente y sus allegados.

El surcar todos estos procedimientos, enfrentarse a la negativa de las entidades prestadoras de salud, de los médicos y tener que acudir al aparato jurisdiccional para la defensa de este derecho a morir dignamente, tener que gastar dinero en abogados, dinero que posiblemente no tengan debido a la situación vivida, el tiempo perdido que los allegados podrían pasar al lado de sus seres queridos en esta difícil etapa, ver cada vez degradada la integridad de la paciente, es claramente un daño antijurídico consumado.

De acuerdo a todo lo anterior analizado son claras las causas por las cuales no se realiza la eutanasia en el país o no de una manera diligente en el país, la primera de ellas es la

concepción negativa de la eutanasia que genera una resistencia entre la población tanto solicitarla como para practicarla y posiblemente para legislarla, la segunda causa probable por la cual eutanasia no se practica en Colombia es por la omisión del legislador de hacer una ley de la eutanasia de acuerdo a la decisión exhortativa de la Sentencia T- 970 de 2014, lo cual crea un daño antijurídico pues este vacío hace que los ciudadanos tengan que acudir a la tutela para el amparo de un derecho que se encuentra contemplado desde la asamblea constituyente de 1991 y amparado en la Sentencia C- 239 de 1997.

2.3.2 Proyecto de Ley en curso para proteger el derecho a morir dignamente

En el Proyecto de Ley No 163 de 2019, el Senado de la República busca reglamentar el procedimiento médico de la eutanasia y el suicidio asistido en Colombia teniendo en cuenta lo especificado en cada uno de los términos allí establecidos, a su vez lo determinado por el médico tratante, el médico de referencia, conferencia médica y una consejería, para poder tener criterio real sobre el procedimiento a realizar.

El 27 de agosto de 2019, se radico un proyecto ley por el cual se busca reglamentar la eutanasia en Colombia, proyecto de autoría del representante liberal, Juan Fernando Reyes Curí, el cual establece que, para solicitar el procedimiento médico de la eutanasia en los términos de la presente ley, se deberá cumplir con los requisitos otorgados por el Ministerio de la Salud y Protección Social.

En el campo legislativo, es posible realizar análisis al denominado Proyecto Ley Estatutaria 100 de 2006 del senado, estableciendo la posibilidad de reglamentar el carácter de participar en los diferentes ámbitos de acuerdo a las solitudes de esta tipología de pacientes, y así garantizar los diferentes procedimientos para la generación y aplicabilidad de la eutanasia por

parte del personal médico, estableciendo los diferentes dispositivos y mecanismos para la evaluación de su protocolaria aplicabilidad y en consecuencia el articulado al deber del Estado para la protección de la vida, teniendo el prisma del artículo 326 del Código Penal que supone la posibilidad de acudir al homicidio por piedad.

Capítulo III. Responsabilidad estatal frente al buen morir en Colombia.

3.1 Antecedentes históricos de la responsabilidad estatal

En concordancia con los capítulos anteriores, en los cuales se abordó la eutanasia y los fallos judiciales que se han proferido en el país, se hace necesario analizar la responsabilidad del Estado y cómo puede esta configurarse en el caso de la eutanasia, a causa de la omisión del legislador que obliga al paciente y a sus familiares a acudir a la tutela prolongando su sufrimiento.

La responsabilidad estatal es un hito importante en el funcionamiento del Estado Social de Derecho, ya que es una herramienta para la defensa de los derechos fundamentales que poseen los administrados, sin embargo, históricamente no siempre estuvo presente en el funcionamiento de los Estados. Según lo expresa Buitrago “el Estado era irresponsable pues no reparaba las consecuencias lesivas que su acción u omisión causara a los administrados” (2018, p. 17).

Se observa entonces como una primera característica de la responsabilidad del Estado, que esta tiene su origen según Benítez (2013) en la responsabilidad civil contractual y extracontractual que nace en la Polis griega, en aquella época la responsabilidad civil extracontractual solo surgía entre los ciudadanos y no entre los ciudadanos y el Estado griego.

La responsabilidad estatal de acuerdo con (Gordillo, 2013, p. 537) “en un sentido antiguo y muy estrecho del derecho civil, como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia”. Si se acude a esta definición, es posible afirmar que cualquier acto negligente del Estado relacionado con la eutanasia, sería considerado como responsabilidad estatal.

Según lo manifiesta Gamboa (2016) es en el derecho romano donde se observan los primeros antecedentes de la responsabilidad estatal en la cual, para casos concretos se reconoció

la indemnización por los daños causados en actividades de carácter público, donde el llamado a responder era el funcionario, no el Estado

Como lo plantea Jiménez (2013), en la edad antigua se mantiene la irresponsabilidad del Estado por la proliferación de los estados monárquicos, en aquel momento se expresaba que el príncipe o monarca no estaba equivocado y su voluntad era la voluntad de Dios.

En esta época de la historia se argumentó la necesidad de ceder derechos por el mantenimiento del Estado, según Hobbes (1645) “Hay que elegir entre la guerra perpetua de todos contra todos, fruto de la ausencia del poder absoluto, y la paz, fruto del poder absoluto” (pp. 144-145) por lo tanto, se otorgaban al regente poderes exorbitantes.

Con el pasar del tiempo el Estado monárquico se organiza estructuralmente propiciando que nazca la administración pública y se genere la posibilidad de acudir al fisco, además de traer consigo la posibilidad de llevar al Estado ante los tribunales con el fin de buscar la reparación por sus actividades (Saavedra, 2018).

Con el fin del absolutismo llega la revolución francesa que fue importante para la administración pública y la responsabilidad estatal derivada de dicha administración. En el contexto de la revolución francesa, conforme lo afirma Mas (2015) nacen los actos de gestión y los actos de gobierno que con la jurisprudencia originaron la responsabilidad estatal.

Para Jiménez (2013) la adopción del principio de legalidad, el fallo blanco proferido en Francia en el año 1873, la revolución inglesa de 1688, francesa de 1789 y la Constitución de Estados Unidos de 1787, dan inicio a la imputación de responsabilidad administrativa.

Tratándose del fallo blanco, este autor indica que puede resumirse así:

(...)1) Se reafirmó de manera expresa el principio de responsabilidad del Estado por los daños causados por los servidores públicos a particulares; 2) Se estableció

el carácter especial de esta responsabilidad, la cual no puede ser general ni absoluta; 3) La responsabilidad de la Administración no podía tener fundamento en los principios del Código Civil; 4) Las reglas de esta responsabilidad se basan en las particularidades del servicios público y la conciliación de los derechos generales con los particulares, y 5) Los procesos originados en este tipo de responsabilidad se resolverían en la justicia administrativa (p. 70).

El fallo significó un gran avance en materia de responsabilidad estatal, pues se crea una jurisdicción especial para tratar estos asuntos, determina que el Estado tiene ciertos deberes y está obligado a responder por el incumplimiento de los mismos, como también crea unas reglas obligatorias para que se configure la responsabilidad estatal, como se verá posteriormente.

Con el desarrollo jurisprudencial de la edad media nace el Estado Policía lo que deriva también en la responsabilidad estatal, según Garrido “durante la denominada etapa del Estado Policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a particulares como consecuencia del ejercicio del poder” (1989, p. 8).

Este cambio en la concepción del Estado, logró que la administración garantizara los derechos de los ciudadanos y respondiera por las actuaciones que propiciaran perjuicios a sus ciudadanos, lo que se conoce ahora como Estado Social.

La llegada del Estado Constitucional es crucial para la responsabilidad del Estado, pues con él se establecen límites claros al uso del poder por parte de la administración, dejando en claro que el Estado:

(...) no sólo está sujeto al derecho y que quienes detentan el poder en su más amplia expresión- tienen unos límites, sino también que en caso de que aquel cause un daño a un interés o a un derecho jurídicamente protegido cuyo titular

fuese un particular, está en el deber de repararlo (responsabilidad) (Buitrago, 2018, p.22).

Colombia ha acogido todos los cambios históricos anteriormente mencionados para establecer la responsabilidad estatal, ya que, al ser un Estado Social de Derecho fundado en la democracia y la supremacía constitucional, limita todos los actos de la administración por medio de la cláusula de responsabilidad presente en el artículo 90 de la Constitución Política, por lo que

(...) El Estado está llamado a responder no solo por la expedición inconstitucional o ilegal de sus actos (caso en el cual estos últimos son expulsados del ordenamiento jurídico), sino también por los contratos, hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupación de inmuebles, entre otras causas, que pueden generar daños a los Particulares (Buitrago, 2018, pp.29 - 30).

Históricamente el Estado colombiano inicia el desarrollo de la responsabilidad estatal por medio de la Corte Suprema de Justicia en los años 1860 a causa de la guerra civil. De acuerdo con Arenas (2018):

El pensamiento liberal sirvió de fundamento para hacer responder al Estado por los daños causados durante las guerras civiles de 1860 a 1861 y de 1876 a 1877. En la primera se presentaron los avances iniciales en materia de responsabilidad en Colombia, mientras en la segunda se configuró la posibilidad real de demandar al Estado tanto por sus daños como por los ocasionados por sus enemigos (2018, pp. 2-3).

El Estado colombiano fue obligado a pagar entonces los perjuicios ocasionados a los ciudadanos por causa de las acciones realizadas en la guerra. Posteriormente, con la llegada de la

Constitución de 1886 se crea la Corte Suprema de Justicia que fue según Buitrago (2018) quienes conocieron los asuntos correspondientes a la responsabilidad estatal.

En el año 1914 se crea el Consejo de Estado, cuya función principal es conocer de los pleitos generados en contra del Estado, sin embargo, algunos temas de responsabilidad contractual continuaron a cargo de la Corte Suprema de Justicia hasta el año 1963 cuando el Consejo de Estado adquirió competencia exclusiva de los mismos (Buitrago, 2018).

Entre 1914 y 1963, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia avanzaron en relación a la responsabilidad estatal, frente a temas como las causales de exoneración de la responsabilidad, la falla en el servicio, la indemnización por perjuicios morales, los daños presentes y futuros, entre otros (Buitrago, 2018).

Así mismo, la responsabilidad estatal se fue consolidando y clarificando en diversos temas contractuales y extracontractuales, que con la llegada de la Constitución Política de 1991 se fortalecieron aún más al contemplar la cláusula de responsabilidad administrativa del artículo 90.

De acuerdo a lo anterior, en el siguiente acápite se observarán cuáles son los presupuestos en Colombia para que se configure responsabilidad estatal, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política, conocido como “cláusula de responsabilidad”. De igual forma, se determinará si dicha responsabilidad se configura por la omisión legislativa en la eutanasia.

3.2.1 Generalidades del daño antijurídico y la imputación en Colombia

La responsabilidad del Estado en un sentido amplio existirá según Gordillo cuando “una persona que ha sufrido un daño material o moral causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él” (2013, p. 539). Es así que, son acreedores de exigir una reparación por el daño causado, los ciudadanos que demuestren la ocurrencia del daño como lo pueden ser los pacientes que solicitan la eutanasia y no es realizada por falta de ley que la regule o los allegados de dichos pacientes.

En concordancia con lo anterior, se tiene que la responsabilidad del Estado en el ordenamiento colombiano se encuentra contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual en un sentido literal indica:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Cons. P., 1991)

En ese orden de ideas, se evidencia que el Estado colombiano puede causar daños antijurídicos a los particulares tanto por acción como por omisión, lo que deriva en la responsabilidad de este. Así pues, se observa que a través del artículo 90 constitucional, se consolidó la responsabilidad estatal ya que como se indicó anteriormente, esta se encontraba difusa en diversas interpretaciones jurisprudenciales, de manera que “se acerca la responsabilidad a la carta política, con el objetivo de que esta sirva como de ruta o criterio para delimitar el marco de la reparación” (Gil, 2014, p.54).

La responsabilidad, de acuerdo con (Bernal & Fabra 2013) citados por (Bermúdez Cárdenas, 2017) “consiste en la obligación a cargo del Estado de indemnizar un daño que le es imputable”(pág. 28) por lo tanto, el Estado posee una obligación de reparar los daños tanto por la acción como por la omisión de sus miembros, entidades y funcionarios. Frente a este punto, González (2009) destaca que:

La responsabilidad patrimonial del Estado, tiene un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en nuestro ordenamiento constitucional en los artículos 2, que señala la obligación del Estado de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes; en el artículo 58 que garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos con arreglo a la ley, y en el artículo 90 que es el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado y que consagra además, la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado (p. 80).

El Estado se encuentra obligado a responder tanto por sus acciones como por su omisión, en concordancia con el artículo 90 de la Constitución Política especialmente, entre estos los deberes plasmados en Leyes, Decretos y pronunciamientos constitucionales como el de la Sentencia T – 970 de 2014, donde se exhorta al Congreso a realizar una ley sobre la eutanasia.

La acción y omisión del Estado parte, por un lado, de los deberes que este tiene de hacer y no hacer y por otro, de los derechos que debe garantizar en concordancia con el marco del Estado Social de Derecho colombiano, por lo tanto, causa un daño por acción al realizar cualquier tipo de actividad que lacera los derechos de los ciudadanos y causa daño por omisión cuando no cumple con los deberes enmarcados en la Constitución y en las leyes.

La hipótesis planteada en esta investigación hace referencia al daño causado al paciente y a sus familiares, por la omisión del legislador al no elaborar una ley de eutanasia a pesar de la existencia de un fallo judicial donde se exhortó a este órgano a realizar dicho estatuto, lo que posiblemente causa perjuicios por el dolor sufrido tanto por el paciente como por su familia y les obliga a acudir a instancias judiciales para solicitar un procedimiento médico que debería iniciarse de manera expedita.

La responsabilidad derivada por lo plasmado en el artículo 90 de la Constitución Política, puede clasificarse en dos, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con Irisarri (2000) “al hablar de la responsabilidad contractual hacemos alusión a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato” (p.20). Este tipo de responsabilidad solamente hace referencia al acuerdo de voluntades entre partes que surge de un contrato.

Para que se configure responsabilidad contractual, debe hallarse una causa imputable al Estado en el desarrollo de un contrato y por la cual procede indemnización de perjuicios. Por su parte, la responsabilidad extracontractual consiste en la acción o inacción imputable al Estado, que surge por situaciones ajenas a cláusulas contractuales. Según señala Irisarri (2000):

El daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes (p.20).

En este orden de ideas, es posible apreciar que la responsabilidad extracontractual surge cuando no existe un vínculo directo (contractual) entre el Estado y el ciudadano, pero sí existe una obligación entre los mismos. En el caso de la eutanasia, el daño es causado al paciente y a su

familia por la falta de regulación, lo que conlleva a la necesidad de iniciar un proceso judicial de meses o incluso años y genera un daño de carácter extracontractual por omisión legislativa.

En concordancia con la estructura del artículo 90 de la Constitución Política, para que se configure responsabilidad del Estado colombiano debe existir daño antijurídico, el cual es definido por la Corte Constitucional (1996) como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar por lo cual se reputa indemnizable” (C.C., C-333/1996).

En la tesis planteada, el paciente padece de dolor intolerable y no está obligado a soportarlo, razón por la cual decide realizarse la eutanasia, que tendría que ser realizada de manera diligente por las entidades prestadoras del servicio de salud o directamente por el Estado si se cumplen los requisitos acordados por el Ministerio de Salud. Sin embargo, en Colombia no sucede así, pues es necesario recurrir a una acción de tutela difícil de concretar para un paciente en condiciones terminales o por una familia abatida, de manera que, se configura el referido daño antijurídico dada la espera causada por el vacío legislativo. Conforme a lo indicado por el Consejo de Estado (2012)

Habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga (p.1).

En consecuencia, debe existir una alteración negativa respecto de un derecho, el cual, para el caso de la eutanasia es la autodeterminación y la dignidad, los cuales son reclamables tanto por el titular del derecho (paciente) como por el allegado del titular como puede ser un

familiar. Así mismo, el daño antijurídico en la eutanasia se vislumbra en el tener que soportar el paciente, un dolor que se prolonga y sin que esté obligado a soportarlo, ya que, al decidir recurrir a la eutanasia, tendría que cumplirse el proceso fijado por la Corte Constitucional sin limitaciones.

De acuerdo con lo manifestado por la máxima autoridad constitucional en Sentencia T-970 de 2014, la eutanasia debe ser realizada en cuestión de semanas, sin embargo, cuando es necesario acudir al órgano jurisdiccional, dicho procedimiento puede incluso tardar años, tal como se evidencia en las sentencias T-554 de 2017 y T-721 de 2017, donde los pacientes murieron antes de ser decidida la acción constitucional, configurándose de esa manera, un daño antijurídico debido al dolor causa al paciente y sus familiares que no estaban obligados a soportar debido a la espera a la que fueron sometidos por la falta de legislación.

Las leyes son importantes para el buen funcionamiento del Estado colombiano y para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo tanto el Congreso de la República al no cumplir con este importante deber de hacer las leyes puede causar un daño antijurídico tanto al legislar leyes lesivas como también por no legislar, a pesar de ser esta su función en concordancia con el artículo 150 de la Constitución Política, frente a esto Alonso & Leiva manifiestan:

La responsabilidad del Estado-legislador se configura cuando con una actuación u omisión del órgano legislativo se crea un daño antijurídico a los asociados, es decir, se impone una carga superior a la que el sujeto debe soportar. En el caso particular de las normas jurídicas, no importa si estas son inconstitucionales o acordes con la Carta Política, o si no existe norma (omisión legislativa absoluta), o si existe, pero esta se encuentra incompleta (omisión legislativa relativa): lo único

relevante es que la actuación u omisión del legislador cree un daño antijurídico a los asociados (2012, p. 168).

Por lo anterior, se podría decir que existe un daño antijurídico causado por la rama legislativa, al no haber expedido hasta el momento la ley de eutanasia a pesar del exhorto de la Sentencia T-970 de 2014, generando trámites innecesarios para personas que están sufriendo un dolor intolerable y que ya han dado su consentimiento expreso o subrogado para morir dignamente.

De otro lado, es importante mencionar que para que se configure la responsabilidad estatal no basta con la existencia de un daño antijurídico, pues también es necesario que exista una imputación, ya que de conformidad con lo manifestado por el Consejo de Estado, se requiere que “además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”(C.E., Sección Tercera, no. 25000-23-26-000-1997-03369-01(19707), párr. 10, 2011)

La imputabilidad es considerada como el calificativo que se le da a la acción realizada o no realizada por el Estado, de acuerdo con el Consejo de Estado (2011) en el Fallo 19835 del 12 de mayo de 2011:

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea a través del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del objetivo (riesgo excepcional y daño especial) (párr. 11)

Por lo tanto, existen dos diferentes formas de imputar la responsabilidad estatal, las cuales son a título de imputación de responsabilidad objetiva e imputación de responsabilidad subjetiva siendo necesario identificar las diferencias entre estas dos formas de imputación para así determinar cuál de ellas es pertinente para la hipótesis planteada.

El régimen subjetivo de responsabilidad referido por el Consejo de Estado en el fallo anteriormente traído a colación, hace referencia según Irisarri (2000) a que “para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño” (p. 24), es decir, se centra en la conducta del Estado para la materialización del daño antijurídico, por lo tanto, se denomina falla en el servicio.

González (2009) afirma que la falla en el servicio se presenta en el ordenamiento jurídico colombiano como título de imputación subjetiva, ya que “se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado en forma tardía. Se requiere que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público” (p.81). Según la misma autora, la falla en el servicio puede configurarse de dos formas:

Falla probada del servicio: el actor debe probar cada uno de los elementos o requisitos de la responsabilidad del Estado: El hecho, la culpa y la relación o nexo causal.

Falla presunta del servicio: Su fundamento se dio en consideración a que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes, realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados, siendo susceptibles de causar daños (p.81).

Por otra parte, la imputación de la responsabilidad estatal objetiva se diferencia de la imputación de responsabilidad estatal subjetiva en que no se refiere a la conducta del Estado sino al daño causado. Para Alexandri citado por Isisarri (2000):

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad (p. 24).

Las denominaciones de la responsabilidad objetiva existentes en el sistema jurídico colombiano, son como anteriormente se observó en el Fallo 19835 de 2011: el riesgo excepcional y daño especial.

El riesgo excepcional ocurre cuando el Estado al adelantar una obra o prestar un servicio público utiliza mecanismo, recursos, medios o procedimientos que ponen a los particulares o a sus bienes en situación de quedar amenazados por un riesgo excepcional y anormal que sobrepasa las cargas públicas.

El daño especial ocurre cuando pese a que la actuación de la administración es plenamente lícita, legal, causa daño o lesiona a los administrados (González, 2009, p. 82).

Sin embargo, cabe aclarar que hay sentencias del Consejo de Estado que ubican a la falla en el servicio como responsabilidad objetiva, tal es el caso de la Sentencia 2002-01845 del 18 de mayo de 2017.

Por lo tanto, es posible observarse entre las diferencias existentes entre la imputación de responsabilidad objetiva y subjetiva anteriormente expuestas que la forma de la imputación de

acuerdo a la hipótesis planteada en este escrito será la imputación de responsabilidad subjetiva por falla probada del servicio.

El daño producido por el legislador a los pacientes y sus familiares por no legislar sobre la eutanasia se encuentra enmarcado en la falla del servicio por omisión legislativa o hecho del legislador, que se enmarca en la Responsabilidad subjetiva. Ello teniendo en cuenta que el Congreso de la República incumple con el deber de legislar establecido en el artículo 150 de la Constitución Política, como también el Estado colombiano incumple su deber de proteger los derechos de las personas según lo consignado por el constituyente en los fines del Estado.

3.2.2 La imputación al Estado por falla en el servicio debido a la omisión del legislador

Como se expresó anteriormente, para la existencia de la responsabilidad estatal deben cumplirse dos requisitos, el primero es el daño antijurídico, del cual ya se observaron sus características y cómo se configura y el segundo, es la imputación.

Ahora bien, en este punto de la investigación se hace necesario realizar el ejercicio de imputación para determinar si el paciente que decide someterse a la eutanasia y sus familiares, están sufriendo un daño por la falta de legislación respecto al procedimiento en mención.

El artículo 1 de la Constitución Política hace referencia a que Colombia está fundada en el respeto de la dignidad humana. Como se observó en el anterior capítulo, uno de los argumentos centrales de la Sentencia C- 239 de 1997, es la pérdida de la dignidad del paciente que solicita la eutanasia, quien no está obligado a seguirla perdiendo. Es válido recordar que según lo ha manifestado el Consejo de Estado:

La antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte

de la víctima (...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración” (C.E., Sección Tercera, no. 760012331000200201845-01 (37.504), p. 1, 2017).

Por otra parte, en el artículo 13 de la Constitución Política se señala que todos los colombianos nacen libres e iguales ante la ley, por lo que tienen derecho a recibir la misma protección y trato del Estado Colombiano. El dolor sufrido por un paciente que debe esperar hasta el fallo de tutela para iniciar el procedimiento de la eutanasia, es constitutivo de un trato desigual que configura un daño.

El daño antijurídico tiene unas características que deben presentarse para su materialización, las cuales son: “que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida” (C.E., Sección Tercera, no. 760012331000200201845-01 (37.504), p. 2, 2017).

La causa inmediata del daño en este caso, es la falta de normatividad que obligue a las EPS e IPS a la realización de la eutanasia sin dilaciones y con un grupo de médicos capacitados en la realización de este procedimiento, quienes además no formulen la objeción de conciencia, pues ello también podría entorpecerlo, configurando una causa presente o inmediata del daño que también se puede extender hacia el futuro.

Según la Sentencia 2002-01845 el daño debe ser determinado o determinable es decir tiene que ser clasificado, según la doctrina el daño antijurídico puede ser clasificado en material o inmaterial.” El daño material o patrimonial es el que implica la destrucción o menoscabo de

alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya en forma directa, ya en forma indirecta” (Valencia & Ortiz, 2015, p. 15).

Los daños materiales son aquellos que perjudican al patrimonio del administrado de forma directa o indirecta, como también presente o futura, lo que se define como daño emergente y lucro cesante, este daño material se genera “cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará” (Posada, 2006, p. 283).

Por su parte, los daños inmateriales no tratan sobre apreciaciones de carácter económico, sino sobre perjuicios que son intrínsecos, es decir:

Los perjuicios que no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo (Henao, 1998, p. 230).

Estos daños también tienen una serie de categorías contempladas por la jurisprudencia y la doctrina, las cuales son el daño moral, el daño a la vida en relación, el daño estético, el daño a los derechos de la personalidad, la pérdida de los placeres de la vida o del derecho al buen nombre (Wilches, 2016) todos estos daños se encapsulan en la concepción de daño inmaterial.

Para el caso objeto de esta investigación, el daño producido por la omisión legislativa, es un daño inmaterial o no pecuniario, cuya reparación “puede revestir formas diferentes de la económica, advirtiendo que cuando se otorga una suma de dinero la misma no equivale al daño sufrido sino a su simple compensación” (Henao, 2015, p. 281).

Atendiendo a las especificaciones de la Sentencia 2002-01845, 2017 del Consejo de Estado, se determina que el daño de acuerdo a la hipótesis de este escrito, es un daño no

pecuniario derivado de la omisión legislativa o hecho del legislador, pues este consiste en “la inactividad del legislador o su incumplimiento del deber de legislar; incumplimiento de su deber de acción expresamente señalado en la Constitución Política, y la consecuente reparación de perjuicios” (González, 2009, p. 85).

Los daños no pecuniarios producidos por la omisión legislativa o hecho del legislador serían el daño moral que según Álvarez & Martínez:

(...) se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual, aunque puede ocurrir que dicho padecimiento se torne permanente y/o patológico, afectando aspectos psíquicos que no se refieren simplemente a los sentimientos o relaciones afectivas, en este caso estaríamos en la órbita de otro tipo de perjuicio como el daño a la vida de relación (2006, p.6).

Además de configurarse un daño moral también se configuraría el daño a la vida de relación, el cual, según Zea (2015) se presenta cuando “ciertas lesiones corporales o psíquicas, pueden acarrear a una persona la pérdida o disminución de ciertos placeres o alegrías (esparcimientos, diversiones, etc.) de la vida” (p. 181), de acuerdo con Álvarez & Martínez:

(...) el daño a la vida de relación se reconoce tanto a víctimas directas como a terceros o víctimas indirectas, y encuentra su fuente en la lesión tanto de la integridad sicofísica (salud física o mental) como de cualquier otro bien de la personalidad, considerados como aquellos que integran el patrimonio estrictamente personal del ser humano, carentes por regla general de valor pecuniario, la mayoría de los cuales constituyen derechos fundamentales (...) (2006, p.7).

La causal del daño anteriormente descrito que el paciente y su familia no están obligados a soportar se encuentra dentro de la falla en el servicio. La falla en el servicio según la Sección tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de marzo de 1990 expediente No. 3510, es:

(...)la falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del estado que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 1 de la constitución política estas dos maneras de abordar el contenido obligacional en lo que el estado respecta, y que permitirá concluir que la falla en el servicio cuando la acción o la omisión estatal causan un perjuicio lo ha infringido (...) (1990, párr. 5).

Para generar una imputación efectiva, en concordancia con la Sentencia 2002-01845 del 18 de mayo de 2017 se deben analizar dos aspectos: el ámbito factico y la imputación jurídica. De acuerdo con los criterios establecidos por el Consejo de Estado, la imputación jurídica debe determinar en cuál de los títulos jurídicos contemplados por la jurisprudencia se enmarcan los hechos originarios de la acción administrativa en contra del Estado.

De conformidad con lo anterior, es posible aseverar que el Congreso está incurriendo en una falla en el servicio, ya que no está cumpliendo con las obligaciones contempladas en el preámbulo de la Constitución Política, como tampoco con las obligaciones de los artículos 2 y 150 del mismo texto, lo que ocasiona de manera directa un daño a los pacientes y allegados, pues no realizan el procedimiento médico de la eutanasia de manera ágil por parte de las EPS debido a la falta de normatividad.

La falla en el servicio es anónima e impersonal, ya que no puede atribuirse la falta de una ley de eutanasia a alguna persona en particular. Frente a esto, Medina (2012) afirma que

Esta modalidad de responsabilidad subjetiva, muestra una actuación irregular de la administración, que no puede atribuirse o imputarse a una persona física determinada, **pero que se relaciona directamente con el servicio público o la actividad administrativa**, es decir, que no se puede separar de ella (...) (negrilla fuera del texto) (p. 101).

Así las cosas, la imputación realizada no va dirigida a una persona natural detallada, pues esta imputación se reputa al Congreso de la República y al Estado colombiano por incumplir los deberes constitucionales. En ese orden de ideas, la imputación no puede ser dirigida hacia las EPS, IPS o médicos, ya que no existe una ley que regule el procedimiento o que obligue de manera expresa a la realización del procedimiento.

Para la imputación deben tenerse en cuenta los aspectos jurídicos, pues según lo indica el Consejo de Estado, si no se formulan, no habrá eficacia en la acción contra el Estado, al ser necesario que se pruebe tanto el daño jurídico como la imputación.

La primera fase al realizar una debida imputación es la imputación fáctica, gracias a la cual es posible situar las partes, el daño y el nexo causal. Conforme lo expresa el Consejo de Estado (2012) la imputación fáctica

Consiste en la vinculación de esa alteración negativa, cierta, personal, y que no se está en el deber normativo de tolerar, lo que configura el daño antijurídico con el comportamiento activo u omisivo de la administración pública, para lo cual es relevante acudir a sistemas o esquemas de atribución como la teoría de la imputación objetiva que suministra un conjunto de herramientas o elementos de

carácter social y, huelga la redundancia, de contenido objetivo con el fin de establecer a quién le es atribuible la producción o generación de un daño, bien porque lo produjo de manera directa o porque encontrándose en la obligación de evitarlo no lo hizo (párr. 14).

En ese orden de ideas, a pesar de que la responsabilidad estatal contemplada en esta investigación no sea objetiva sino subjetiva, es necesario situar a las partes del proceso en una ubicación de tiempo, modo y lugar para determinar si existe realmente una responsabilidad estatal, según la misma Sentencia del Consejo de Estado, el objetivo de esta imputación es:

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio (C.E., Sección Tercera, 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928), 2012, p.2).

Por lo anterior, se procederá a situar los elementos mencionados en la Sentencia 21928 de 2012, por medio de un análisis exegetico, para realizar la imputación fáctica en el caso hipotético planteado a lo largo de este escrito:

La causa del daño antijurídico: es la falta de legislación sobre la eutanasia que permita una pronta y diligente prestación de este servicio, lo que causa que un enfermo terminal que ha decidido realizarse la eutanasia, tenga que prolongar su sufrimiento ya que debe presentar una tutela y esperar que esta se decida para iniciar el correspondiente procedimiento médico.

Persona a la que se le atribuye el daño: el daño es causado por el Congreso de la República por no cumplir con el deber que la Constitución, las leyes y las altas cortes le han impuesto, que consiste en expedir una ley de eutanasia.

La falla en el servicio: el deber de hacer las leyes, como también el deber de garantizar y proteger el derecho a la dignidad y a la libre autodeterminación de la persona, mencionados en el anterior capítulo.

El hecho dañino: la omisión del legislador o hecho del legislador.

La persona jurídica llamada a responder: el Congreso de la República.

El ejercicio anteriormente realizado no es obligatorio ya que la imputación de la responsabilidad de esta tesis se basa en un criterio subjetivo, sin embargo, de acuerdo a la Sentencia 21928 del 05 de julio de 2012 anteriormente mencionada puede ser necesaria para la vinculación de las partes y para situar los hechos en circunstancias de tiempo, modo y lugar, también podría ser una herramienta de ayuda para el ejercicio del medio de control de reparación directa efectiva.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha variado en el régimen de responsabilidad objetiva y subjetiva por falla en el servicio a través de los años, pues para algunos casos es

necesario un criterio objetivo y para otros uno subjetivo, en especial en temas de responsabilidad médica, donde depende de los hechos y circunstancias que rodean la actividad del galeno. Así lo especifica este organismo en la Sentencia 22163 de 2012.

Sin embargo, para el tema tratado y la hipótesis planteada en este escrito, solo se traerán a colación criterios subjetivos ya que la falla en el servicio que reviste la eutanasia, no es de carácter médico, pues no se habla de la realización del procedimiento sino de la reglamentación del mismo que impide su materialización. Tampoco se habla de una negación de la atención en salud, pues lo que se observa en este escrito es que no existe ninguna ley que obligue a las IPS y EPS a prestar el servicio sin que el paciente tenga que recurrir a una acción de tutela.

Los elementos constitutivos del régimen subjetivo de responsabilidad por falla en el servicio son el perjuicio causado y el nexo causal entre el perjuicio causado y el hecho de la administración (Irisarri, 2000), estos elementos ya han sido tratados a lo largo de este capítulo

La falla en el servicio es la omisión legislativa que se presenta a pesar del mandato exhortativo realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 239 de 1997 y las posteriores sentencias de la Corte Constitucional. El nexo causal por su parte, “se trata entonces, de un puente entre la actuación o la omisión de la administración pública y el daño que se llega a cometer dentro de este ejercicio administrativo” (Pastrana, 2018, p. 72). Así pues,

(...) el nexo causal es una íntima vinculación que surge de la conducta u omisión de la administración pública a través de sus agentes, considerado en esta figura como la generación directa y determinante para la consumación del daño, esto en materia de responsabilidad objetiva y el daño producido por tal actuación (Pastrana, 2018, p. 73).

Entre la omisión legislativa en la que incurre el Congreso de la República y el daño causado a los pacientes y allegados, existe un nexo causal, pues dentro del ejercicio administrativo del Congreso se encuentra hacer las leyes e interpretar las mismas, por lo tanto, su función se encuentra estrictamente vinculada al daño causado.

La hipótesis expuesta en esta investigación, no deja lugar a dudas sobre la existencia de un nexo causal entre la negligencia del Congreso de la República y el perjuicio causado al paciente o sus familiares, pues no existe una ruptura del nexo causal que desvincule al Congreso de la República de la responsabilidad estatal por omisión legislativa, ya que para la ruptura del nexo causal según Pastrana (2018) “(...) no es más que la desvinculación de quien realiza la conducta (por acción u omisión) con la ocurrencia del daño antijurídico generado” (p.75), lo que en la hipótesis planteada en esta investigación no ocurre.

El nexo causal planteado en esta investigación como ya se ha mencionado anteriormente, no se origina de los servicios negados por las IPS o por los profesionales de la salud, por el contrario, surge de la omisión legislativa del Congreso, que obliga a los ciudadanos que desean acudir a la eutanasia, a recurrir a un proceso judicial para poder acceder a esos servicios, debido a que no existe un mandato expreso del legislador sobre el tema.

El perjuicio causado es el tipo de daño antijurídico provocado al administrado, el cual no tenía el deber de soportar. En este caso sería el daño emocional y físico ocasionado por la espera hasta que se dicte una decisión judicial.

3.3.1 La demanda de reparación directa

De acuerdo al trámite, temas y conclusiones realizadas a lo largo de toda la investigación, es posible afirmar que los pacientes y los familiares, que sufran física o mentalmente a causa de la omisión legislativa o hecho del legislador, están legitimados para formular un medio de control reparación directa en contra del Estado en concordancia con los artículos 90 de la Constitución Política y con el título III, 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Los accionantes del medio de control deberán probar el daño antijurídico causado y la imputación realizada de acuerdo a los hechos postulados de forma hipotética en esta investigación, pues dichos requisitos se encuentran presentes bajo las condiciones ya mencionadas, este sería el medio idóneo para buscar la compensación por el daño causado. Según Bermúdez (2017)

El medio de control de reparación directa es una acción que tiene como finalidad especial y exclusiva indemnizar a aquellas personas que hayan sufrido un perjuicio, que en relación con el tema central objeto de análisis, se origina por un daño antijurídico causado con ocasión de la prestación del servicio público de salud, esto significa que la persona que ha sufrido el daño antijurídico puede acudir a los entes judiciales sin tener que efectuar una reclamación previa al solicitarse la reparación del daño (p. 27).

La acción de reparación directa debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 90 de la Constitución Política, como también debe poseer los elementos probatorios que certifique la existencia de los dos elementos mencionados, probando en la acción, la legitimación en la causa y la existencia del hecho.

Lo que buscaría el medio de control de reparación directa sería la compensación por los daños no pecuniarios que se generaron por la omisión legislativa, lo que se denominaría en términos procesales: la reparación, la cual es “la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño”(Henao, 2015, p. 286). En este orden de ideas, quienes estarían legitimados para buscar la reparación serían las personas que sufrieron un daño que no estaban obligados a resistir.

La reparación monetaria, aunque claramente se sabe que no puede reparar algo incuantificable, es una forma de cumplir la obligación del Estado colombiano de reparar el daño provocado, a través de una reparación pecuniaria intentando tasar el daño por medio de una unidad económica, lo que es en este caso el peso colombiano.

Debido al daño antijurídico planteado en esta investigación, la reparación monetaria que se solicitaría, sería por daño moral, pues como manifiesta Mantilla (2015) la situación versa sobre aflicción, dolor, angustia y pérdida de la dignidad. Situaciones en las cuales, no es posible una indemnización sino una reparación, por ser cuestiones inmateriales, configurándose el daño moral por la falta de una legislación que permita la realización pronta y diligente de la eutanasia.

También procede el daño a la vida en relación que como se dijo anteriormente reconocería al paciente y a sus allegados la afectación a derechos fundamentales que no están obligados a soportar y que hacen parte de la persona para su desarrollo en plenitud, pues según Álvarez & Martínez Rodríguez:

(...) conforman la propia esencia del individuo y con los que despliega su potencialidad como ser revestido de dignidad, así, el uso, goce y disfrute de estos derechos constituyen el presupuesto indispensable para el desarrollo del hombre,

afectando los actos cotidianos, placenteros y externos de su vida, así como la interacción con las cosas mundanas (2006, p.7).

Sin embargo no procedería el daño a las condiciones de existencia, el cual según Mantilla (2015) “nace de la necesidad de concretar en un solo tipo de daño; por un lado las consecuencias físicas o a la integridad corporal y por otro las afectaciones externas derivadas del hecho dañoso (...)” (p.28).

Dado el caso hipotético aquí contemplado a raíz de la eutanasia, estas condiciones de existencia ya estarían sumamente deterioradas para el paciente, pero si existe el daño a la vida en relación por parte de los allegados al paciente, que se tasaría de acuerdo al siguiente cuadro elaborado por el Consejo de Estado.

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Nota: Reparación de perjuicios inmateriales de acuerdo con la gravedad de la lesión causada. Tomado de: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, |Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014.

Conclusiones

La eutanasia en Colombia, ha encontrado una resistencia por parte del órgano legislativo a pesar de ser una herramienta humanística en la que se piensa en el alivio de una persona en estado terminal, por lo tanto, la omisión de los pronunciamientos planteados por la Corte Constitucional desde 1997 hasta la actualidad, en los que el Congreso de la República ha incurrido, deja ver la imagen negativa que todavía se posee sobre este procedimiento, como también que aún en el siglo XXI existe un sesgo religioso incrustado en el poder público, a pesar de haberse adoptado una postura laica a partir de la constituyente de 1991 específicamente en su artículo 19.

Como se demostró en el capítulo I de este texto, la ética y la moral del paciente no deberían verse como razones por las cuales el procedimiento médico de la eutanasia no debe ser realizado. La eutanasia es un procedimiento humanístico que busca brindar a las personas que lo desean la posibilidad de morir de una forma digna e indolora, por lo tanto, la utilidad de esta investigación en su primer capítulo consistió en entregar herramientas para que cualquier persona que acceda a ella no vea la eutanasia como una salida fácil para los familiares o un desahogo para el sistema médico, sino como un procedimiento con el cual se piensa en el dolor sufrido por el paciente y su derecho a dejar de padecerlo.

El primer capítulo a su vez aportó un componente histórico sobre el origen de este procedimiento médico y cómo ha sido visto por algunos estudiosos en el tema, también fue posible identificar qué consideraciones puede entender el médico respecto a la eutanasia, tanto las opiniones médicas a favor como en contra con lo cual el capítulo primero entrega claridad sobre el tema desde diferentes ópticas.

El capítulo II aporta claridad al lector sobre cómo es contemplado el procedimiento médico de la eutanasia como un derecho fundamental en el país según los avances jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional, cuáles son los requisitos para acceder al procedimiento y cómo se ha visto truncado este procedimiento médico por la incompetencia del Congreso de la República para legislar un tema casi regulado en su totalidad por la Corte Constitucional y el Ministerio de Salud. El capítulo II también entrega al lector la posibilidad de entender desde dónde se origina el problema jurídico de esta tesis el cual es el vacío normativo en referencia a la eutanasia por la omisión del legislador en normar un derecho ya otorgado por la jurisprudencia constitucional.

El capítulo III aporta al derecho al demostrar que el Estado colombiano está ocasionando un daño antijurídico a los pacientes que solicitan la realización del procedimiento médico de la eutanasia, pues son obligados debido a la omisión legislativa a acudir al aparato judicial por medio de una acción de tutela aun cuando ya existe un procedimiento establecido, lo que ha conllevado a la muerte de muchos de los pacientes solicitantes sin que esta muerte sea digna.

El daño ocasionado por el legislador es claro, tanto así que la Corte Constitucional en su Sentencia T -721 de 2017 hizo referencia al daño consumado por la muerte del paciente a causa de la espera innecesaria de este para recibir la eutanasia, un hecho inexplicable para un país con bastante jurisprudencia y pionero en el mundo sobre este tema, pero que deja clara la existencia de responsabilidad estatal.

La omisión del legislador o el hecho del legislador hace parte de la falla en el servicio, en esta investigación se comprobó que se cumplen con los elementos del régimen de responsabilidad subjetiva y objetiva para atribuir el daño, el nexo causal al Congreso de la República debido a que por su omisión se causa un daño directo al paciente que decide la

eutanasia y a sus familiares, quienes deben acudir a la tutela para poder iniciar un trámite que debería estar legislado desde hace años.

La falta de regulación permite que las EPS como se vio en la Sentencia T- 544 de 2017 y T - 721 de 2017 puedan negarse por diferentes motivos a la prestación del servicio de salud en relación al procedimiento de eutanasia, cabe aclarar como anteriormente se dijo que no es la EPS la llamada a responder en este caso, ya que de acuerdo a la hipótesis probada en este documento, es el Congreso de la Republica el llamado a responder por falla en el servicio al existir un mandato exhortativo que le obliga a legislar el tema sin que hasta el momento dicha entidad cumpla con su obligación, lo que lleva a una zona gris que provoca tragedias como la de la Sentencia T- 721 de 2017.

La imputación se realizó por medio de un ejercicio hipotético donde se contemplaron los presupuestos del daño para concluir que el daño inmaterial ha sido causado y seguirá siendo causado hasta que no se legisle la ley de la eutanasia que garantice una atención integral, universal y expedita sobre la eutanasia y el cuidado paliativo, como también indique unos requisitos mínimos para acceder a ella.

Los requisitos procesales para la existencia y la atribución de la responsabilidad al Estado según esta investigación se configuran claramente, por lo tanto, es necesario que el Congreso de la República legisle sobre la eutanasia, pues las demandas por reparación directa y los consecuentes perjuicios cuando hay condena son altos y afectan las finanzas de todos.

El Congreso de la República está incumpliendo con sus deberes afectando a una población ya vulnerable lo que hace este hecho aún más reprobable, un ejemplo de ello es la Sentencia T- 721 de 2017, por lo que es necesario hacer un llamado para que se cumpla con el mandato constitucional y no continúen ocurriendo casos lamentables para los enfermos

terminales en el país. La eutanasia, la muerte digna es un derecho y no debe ser negado a ninguna persona que decide terminar su vida con dignidad.

Bibliografía

- Aries, P. (2011). *El hombre ante la muerte*. Barcelona, España : Taurus.
- Alonso, M., & Leiva, E. (2012). *La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador*. *Revista Derecho Del Estado*, 29, 107–144. recuperado de:
<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n29/n29a06.pdf707>
- Álvarez, Á., & Martínez P. (2006). *Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales*. *Revista iarce*, 16. Recuperado de:
https://andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2013/03/Revista_No._20.pdf
- Arenas , H. (2018). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Bogotá, Colombia. Legis.
- Bermúdez, L. (2017). *Responsabilidad del estado colombiano por daños antijurídicos causados a los particulares por el hecho del legislador*, (trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia). Recuperado de:
[https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15114/1/responsabilidad del estado colombiana por daños antijuridicos causados a los particulares por el .pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15114/1/responsabilidad%20del%20estado%20colombiano%20por%20da%C3%B1os%20antijur%C3%ADdicos%20causados%20a%20los%20particulares%20por%20el%20hecho%20del%20legislador.pdf)
- Buitrago, A. (2018). *Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y constitución democrática*. *Revista Verba Iuris*, 15–34. Recuperado de:
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4646/3940>
- Campos, F., Escobar, C., & Lezcano, O. (2001). *Consideraciones acerca de la Eutanasia*. *Medicina Legal de Costa Rica*, 29 - 64. Recuperado de:
https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152001000200007

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera, Subsección C. 05 de julio de 2012. M.P. E Gil, Auto No. 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928).

Recuperado de: https://ugc.elogim.com:2079/#search-advanced/jurisdiction:CO/*
Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera, Subsección C. 28 de agosto de 2014. M.P. O. Valle de la Hoz, Auto No. 0001-23-15-000-1999-00326-01(31172).

Recuperado de:
[https://ugc.elogim.com:2079/#search/jurisdiction:CO+content_type:2+date:2012-0704..+source:2714/ponente%3A\(Olga+M%C3%A9lida+Valle+de+la+Hoz\)/WW/vid/531710118](https://ugc.elogim.com:2079/#search/jurisdiction:CO+content_type:2+date:2012-0704..+source:2714/ponente%3A(Olga+M%C3%A9lida+Valle+de+la+Hoz)/WW/vid/531710118)
Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera, Subsección A. 12 de mayo de 2011. M.P. H. Andrade, Auto No. 19001-23-31-000-1997-01042(19835).

Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44636>
Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera, Subsección C. 18 de mayo de 2017. M.P. J. Santofimio, Auto No. 760012331000200201845-01 (37.504).

Recuperado de:
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_1475f5d521984da39e726ac9bce01e7b
Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera. 30 de marzo de 1990. M.P. A. Irisarri, Auto No. 3510. Recuperado de:

[https://ugc.elogim.com:2079/#search/jurisdiction:CO+content_type:2+date:1990-03-30+source:2714/ponente%3A\(Antonio+Jos%C3%A9+de+Irisarri+Restrepo\)/WW/vid/52623440](https://ugc.elogim.com:2079/#search/jurisdiction:CO+content_type:2+date:1990-03-30+source:2714/ponente%3A(Antonio+Jos%C3%A9+de+Irisarri+Restrepo)/WW/vid/52623440)

Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera, Subsección C. 28 de marzo de 2012. M.P. E. Gil, Auto No. 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163). Recuperado de:

https://ugc.elogim.com:2079/#search/jurisdiction:CO+content_type:2+date:2012-03-28+source:2714/ponente%3AGil/WW/vid/408275178

Consejo de Estado. [C.E], Sección Tercera, Subsección C. 07 de Julio de 2011. M.P. O. Valle, Auto No. 25000-23-26-000-1997-03369-01(19707). Recuperado de:

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44429>

Constitución Política de Colombia [Const P.]. 21 de julio de 1991. Gaceta Constitucional No. 116. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional. [C.C] 20 de mayo de 1997. M.P. C. Gaviria, *Sentencia C-239 de 1997*.

10/04/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

Corte Constitucional. [C.C] 25 de mayo de 2017. M.P. G. Ortiz, *Sentencia T-544 de 2017*.

15/04/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-544-17.htm>

Corte Constitucional. [C.C] 12 de diciembre de 2017. M.P. A. Lizarazo, *Sentencia T-721 de 2017*.

30/04/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-721-17.htm>

Corte Constitucional. [C.C] 15 de diciembre de 2014. M.P. L. Vargas, *Sentencia T-970 de 2014*.

14/07/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>

Corte Constitucional. [C.C] 04 de julio de 2017. M.P. I. Escruceria, *Sentencia T-423 de 2017*.

15/07/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-423-17.htm>

Corte Constitucional. [C.C] 15 de diciembre de 2014. M.P. L. Vargas, *Sentencia T-970 de 2014*.

05/04/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>

Corte Constitucional. [C.C] 01 de agosto de 1996. M.P. A. Martínez, *Sentencia C- 333 de 1996*.

10/06/2020. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Creagh, M. (2012). *Dilema ético de la eutanasia*. *Revista Cubana de Salud Pública*, 38(1), 150–155.

Recuperado de: <http://www.scielosp.org/pdf/rcsp/v38n1/spu14112.pdf>

Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida*. Madrid, España. Editorial Aries S.A (ed.); 1st ed.).

De Miguel, C., & López, A. (2006). *Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia*. *Med Pal (Madrid)*, 207-2015. Recuperado de: <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/04/eutanasia-y-suicidio-asistido-conceptos-generales-y-situacion-legal.pdf>

Fonnegra, I. (2006). *Morir Bien*. Bogotá, Colombia. Planeta.

Gamboa, S. (2016). *A propósito de una verdad contrahegemónica: aprendizajes desde la decisión de la Corte Penal Internacional sobre el ataque contra la flotilla de la libertad*.

Revista Via Inveniendi et Iudicandi, 11, 11–35. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6132866>

Garrido, F. (1989). *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*.

Revista de Administración Pública, 119, 7–48. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17017>

Gil, E. (2014). *La Constitucionalización del Derecho de Daños* (Temis (ed.)).

González, O. (2009). *Responsabilidad Del Estado En Colombia: Responsabilidad Por El Hecho*

De Las Leyes. Revista Uis Humanidades, 37(1), 77–86. Recuperado de:

<https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6287>

Gordillo, A. (2013). *La responsabilidad del estado. fundación de derecho administrativo* (Ed.),

Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. (pp. 537–553). Recuperado de:

http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo16.pdf

Grupo de Estudios de Etica Clinica de la Sociedad Medica de Santiago. (2011). *Eutanasia y acto*

medico. Revista Médica de Chile, 139, 642–654. Recuperado de:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872011000500013

Guerra, Y. (2012). *Medicina y derecho el control de la vida y la muerte del individuo desde la*

norma, 15 (29), 67 - 77 recuperado de:

https://www.researchgate.net/publication/301543719_MEDICINA_Y_DERECHO_EL_CONTROL_DE_LA_VIDA_Y_LA_MUERTE_DEL_INDIVIDUO_DESDE_LA_NORMA

Henao, J.(1998). *El daño. análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del*

estado en derecho colombiano y francés (Universidad Externado de Colombia (ed.)).

- Henao, J.(2015). *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. *Revista de Derecho Privado*, 28, 277–366. Recuperado de: <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>
- Hobbes, T. (1645). *El Leviatan* (Deusto (ed.)).
- Irisarri, C. (2000). *El daño antijuridico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano* [pontificia universidad javeriana]. Recuperado de: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Jiménez,W. (2013). *Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal*. *Diálogos de Saberes: Investigaciones y Ciencias Sociales*, 38, 63–78.
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4696257&info=resumen&idioma=ENG>
- Jouve, N. (06 de abril de 2011). *Dignidad de la vida y de la muerte*. Recuperado de: <https://www.bioeticaweb.com/dignidad-de-la-vida-y-de-la-muerte/>
- Leal, M. (2017). *La eutanasia y el protocolo internacional de la organización mundial de la salud y su impacto en México*. (Tesis de Maestria, Universidad Autonoma de Puebla).Recuperado de: <https://hdl.handle.net/20.500.12371/567>
- Mas, F. (2015). *Reflexiones acerca de la efectividad de la ley de tortura en Brasil: la importancia de la fase pre procesal*. *Revista IUSTA*, 117–128. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/291425447_Reflexiones_acerca_de_la_efectividad_de_la_ley_de_tortura_en_Brasil_la_importancia_de_la_fase_pre_procesal
- Medina, C. (2012). *La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado*. *Revista Prolegómenos*, 15(29), 95–109. Recuperado de: <https://doi.org/DOI:>
<http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683> Forma

- Observatorio de bioetica UCV. (2018, March). *La Eutanasia en la Alemania Nazi*. Universidad Catolica de Valencia San Vicente Martir, 7. Recuperado de:
<https://www.observatoriobioetica.org/2018/03/la-eutanasia-en-la-alemania-nazi/27145>
- Ocampo, A. [C.C], 29 de agosto de 2018. *Auto 557 de 2018*. Recuperado de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/a557-18.htm>
- Pastrana, V. (2018). *Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del estado*. *Vis Iuris*, 5(10), 63–86. Recuperado de: <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1163>
- Posada, O. (2006). *Responsabilidad civil extracontractual*, (2). Bogotá, Colombia. Temis (ed.)).
- Real Academia de la Lengua Española. (21 de octubre de 2015). *Definicion de Eutanasia* .
Obtenido de Real Academia de la Lengua Española. Recuperado de:
<https://dle.rae.es/eutanasia>
- Reis, M., Antunes, G., Marcon, L., Andrade, L., & Andrade, V. (2016). *Eutanasia y suicidio asistido en países occidentales: una revisión sistemática*. *bioét*, 355 - 367. Recuperado de: https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/es_1983-8034-bioet-24-2-0355.pdf
- Saavedra, R. (2018). *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Tomo 3. Bogotá, Colombia, Ibanez.
- Siurana, J. (2010). *Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural*. *Veritas*, 22(Marzo), 121–157. Recuperado de:
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>
- Taboada, P. (2000). *El derecho a morir con dignidad*. *Acta Bioethica*, 6(1), 91–101. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100007

Rojo y Negro. (22 de abril de 2005). *Para el Papa Benedicto XVI la guerra y la pena de muerte son admisibles, pero el aborto y la eutanasia no*. Recuperado de:

<http://rojoynegro.info/articulo/sections/el-papa-benedicto-xvi-la-guerra-la-pena-muerte-son-admisibles-pero-el-aborto-la--0>

Mantilla, L. (2015). *El daño moral en colombia: un estudio sobre la nueva tendencia del “daño a la persona”* [Universidad Catolica de Colombia]. Recuperado de:

[https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2197/1/EL DAÑO MORAL EN COLOMBIA UN ESTUDIO SOBRE LA NUEVA TENDENCIA DEL DAÑO A LA PERSONA.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2197/1/EL%20DAÑO%20MORAL%20EN%20COLOMBIA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20LA%20NUEVA%20TENDENCIA%20DEL%20DAÑO%20A%20LA%20PERSONA.pdf)

Ministerio de Salud y Protección Social (26 de 07 de 2020). *Resolución 1216 de 2015*.

Recuperado de:

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201216%20de%202015.pdf

Valencia, A. & Ortiz, Á. (2015) *Derecho civil*, (3). Bogotá, Colombia: Temis.

Villa, J., & Morales, L.(2016). *Reflexiones acerca de la eutanasia en Colombia*. *Revista*

Colombiana de Anestesiología, 324 - 329. Recuperado de:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-33472016000400011&script=sci_arttext&tlng=es

Wilches, S. (2016). *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia y Daño al buen nombre de la persona natural como perjuicio autónomo*. (tesis de maestría,

Universidad Santo Tomás). Recuperado de:

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1830/Wilchessigifredo2016.pdf>