



**Ausencia normativa en el derecho a morir dignamente, un problema de
interpretación y constitucionalización.**

Juan Sebastián Gómez Martínez

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo

Asesora

Luz Astrid Álvarez Patiño, Magíster (MSc) en Derecho Administrativo, candidata a Doctora de la
Universidad de Antioquia

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

AUSENCIA NORMATIVA EN EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE, UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN

2

Cita	(Gómez Martínez, 2023)
Referencia	Gómez Martínez, J., (2023). <i>Ausencia normativa en el derecho a morir dignamente, un problema de interpretación y constitucionalización</i> .
Estilo APA 7 (2020)	[Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano/Director: Luquegi Gil Neira.

Jefe departamento: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Juan Sebastián Gómez Martínez¹

Resumen

El propósito de este artículo es analizar la necesidad de una la ley estatutaria y posterior reglamentación, sobre el derecho a morir dignamente en personas que padecen patologías que, no siendo terminales les producen sufrimientos prolongados. Esto, debido a que existen problemas de interpretación y vacíos legales que afectan los derechos fundamentales de los pacientes, las instituciones prestadoras y promotoras del servicio de salud en Colombia. Para ello, se realiza una revisión sistemática de las normas que han reglamentado el derecho constitucional a morir dignamente en Colombia, compilado y desarrollado jurisprudencialmente por las sentencias de las Altas Cortes. Se concluye que, la ausencia normativa en esta materia es un problema de interpretación y constitucionalización que obliga al Congreso de la República de Colombia, al Presidente de la República y al Ministerio de Salud y Protección Social a ejercer sus potestades legales y reglamentarias.

Palabras clave: (i) Derecho a morir dignamente; (ii) Enfermedad terminal; (iii) Eutanasia; (iv) Potestad normativa; (v) Potestad reglamentaria; (vi) Umbrales de dolor.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Fundamentos conceptuales del derecho a morir dignamente. **3.** El Derecho a morir dignamente desde la Jurisprudencia y la Ley Colombiana. **4.** Fundamentos normativos de la potestad legal y reglamentaria, su obligatoriedad y consecuencias de su omisión. **5.** Conclusión. **6.** Referencias bibliográficas.

¹ Abogado de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: abogadojuansebastiangomez@gmail.com. Este artículo se presenta para optar al título de especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Abstract

The intention of this article is to analyze the necessity of a statutory law and subsequent regulation over the right to die in a dignified manner for people that are suffering pathologies, that regardless of not being a terminal condition produce the host lasting suffering. This due to there being interpretation mistakes and loopholes that affect the fundamental rights of the patients and the health system promoters and providers all together. For this, a systematic review is done over the laws that have regulated the constitutional right to die in a dignified manner in Colombia, compiled and developed through supranational courts by the sentences of the High Court. It's concluded that the lack of regulation in this subject is an interpretation issue and constitutionalisation that forces the Republic of Colombia, President of The Republic and the Ministry of Health and Social Protection to wield their authority in legal and regulating manners.

Keywords: *(i) Right to die in a dignified manner; (ii) Terminal illness; (iii) euthanasia; (iv) regulatory power; (v) law making power; (vi) pain threshold.*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la muerte digna tiene un carácter multidimensional, puesto que no se limita específicamente al procedimiento eutanásico. Por el contrario, se extiende a la posibilidad de que los médicos tratantes lleven a cabo otros procesos inherentes a cada patología, donde se impriman esfuerzos terapéuticos y/o alternativamente, se realicen tratamientos paliativos con ayuda del personal médico, respecto de lesiones corporales o enfermedades graves e incurables que le producen intensos sufrimientos al paciente. (Corte Constitucional, 2021, Sentencia C-233)

La anterior premisa explica como el ejercicio del derecho a morir dignamente impacta en los diferentes actores del sistema general de seguridad social en salud colombiano. Por una parte, está el paciente, esa persona que padece una enfermedad terminal y requiere un tratamiento médico para mejorar su estado de salud física y mental, o en su defecto, acabar anticipadamente con su sufrimiento a través del procedimiento eutanásico. Por otro lado, se encuentran las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, éstas son las clínicas u hospitales del país que disponen su personal médico asistencial, profesional y especialista, así como sus equipos y demás herramientas tecnológicas para atender a los usuarios. A su vez, participan de este proceso las entidades aseguradoras del servicio de salud, quienes son las responsables de garantizar a sus afiliados, los pagos que demande el tratamiento y/o procedimiento de cada paciente.

Entonces, cada partícipe de este proceso, necesariamente debe considerar aquellas situaciones que pudiere conllevar el tratamiento y/o procedimiento eutanásico en un paciente con una enfermedad no terminal pero prolongada en el tiempo, que infringe intenso dolor y/o sufrimiento, puesto que en la actualidad no media una ley estatutaria o reglamentación que regule de manera precisa cuál es el paso a seguir con pacientes que ostenten estas calidades especiales. Esto ha conllevado en el transcurso de los últimos meses a que los actores, deban guiarse por criterios subjetivos e imprecisos para tomar decisiones sin ningún fundamento legal que los respalde. Por lo tanto, pueden recibir sanciones administrativas, o en otros casos, deben acudir ante un Juez Constitucional para la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, la salud,

el debido proceso legal, el derecho de petición (Constitución Política Colombiana, 1991), entre otros. En consecuencia, se convierten en procesos desgastantes administrativa y económicamente para los intervinientes.

Y es que si bien, en Colombia, el procedimiento eutanásico ya se encuentra regulado por la Resolución 971 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social, ésta excluyó a los pacientes que no padecen una enfermedad de carácter terminal, desconociendo que existen otras enfermedades que, sin ser terminales, pueden ser prolongadas en el tiempo y tienden a causar intensos sufrimientos o dolores a los pacientes que las padecen (Taboada, 2000, pág. 10). Por ejemplo, las enfermedades de transmisión sexual como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), enfermedades del sistema nervioso como la Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) y también, enfermedades obstructivas crónicas del sistema respiratorio (EPOC), entre otras.

Entonces, la norma se limitó a definir el procedimiento para la recepción y trámite de las solicitudes de eutanasia en pacientes que sí son terminales, y otorgó directrices para el funcionamiento de comités técnicos especializados para el estudio y autorización de los casos. (Ministerio de salud y Protección Social, 2021, Resolución 971)

En razón a esto, se promovió una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional Colombiana, contra el artículo 106 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal, que específicamente establece el tipo penal de “homicidio por piedad” (Ley 599, 2000, Art. 106), ya que el demandante consideró que:

El artículo mencionado desconocía el derecho fundamental a la muerte digna de las personas que se hallan en circunstancias de salud extremas, sin posibilidades reales de alivio, fruto de lesiones corporales o enfermedades graves e incurables, pero no se encuentran en estado terminal. (Corte Constitucional, 2021, Sentencia C-233)

En su concepto, la disposición violaba además los derechos a la igualdad, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad, así como los principios de solidaridad y dignidad humana.

Después del estudio del caso, la Corte Constitucional en Sala Plena, por medio de la Sentencia C-233 de 2021, determinó, sin entrar a reglamentar que, si bien el artículo demandado no era inconstitucional, éste debía entenderse así:

No se incurre en el delito de homicidio por piedad, cuando la conducta (i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable. (Corte Constitucional, 2021, Sentencia C-233)

Esta situación ha generado una dicotomía entre los órganos ejecutivo y legislativo del poder público. Consecuentemente, existen vacíos legales y/o reglamentarios que se explicarán en detalle, para que las Instituciones Prestadoras y Promotoras del Servicio de Salud en Colombia ofrezcan el servicio médico de manera adecuada y acorde con la ley, dejando al criterio interpretativo de éstas, el valor subjetivo otorgado en la sentencia constitucional que no reglamentó de manera específica el tema. En similar situación se encuentran las personas que, portadoras de este tipo de enfermedades no terminales, desconocen cuál es el procedimiento a seguir para garantizar el ejercicio de su derecho a morir con dignidad.

En ese sentido, el presente trabajo pretende analizar la necesidad de una ley estatutaria desde el Congreso de la República, asimismo, la de una resolución reglamentaria desde el órgano ejecutivo del Estado, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, sobre el derecho a morir dignamente en pacientes que han sido diagnosticados por sus médicos tratantes en estado “no terminal”, toda vez que los derechos fundamentales no solo de los pacientes y su familia, sino también de los diferentes actores del sistema general de seguridad social en salud se están viendo afectados, en razón de los vacíos normativos que median sobre la materia.

Estos vacíos legales ya habían sido advertidos por la Corte Constitucional desde la sentencia precursora C-239 de 1997, la cual, es considerada como la base jurisprudencial en Colombia respecto del derecho a morir dignamente. Dentro de la misma, se exhortó al Congreso de la República para que este expidiera una regulación integral sobre este derecho. A su criterio, para garantizar la seguridad jurídica necesariamente debían reglamentarse los siguientes puntos:

(i) verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, la enfermedad, la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; (ii) indicación clara de las personas que deben intervenir en el proceso; (iii) circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte; (iv) medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico; y (v) incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona. (Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-239)

Después de la expedición de esa resolución judicial, y aún con el desarrollo jurisprudencial y legal que se ha venido implementando, aún no existe una normatividad especial en Colombia que determine de manera clara y precisa como garantizar el derecho a morir dignamente a aquellos pacientes que padecen enfermedades graves e incurables pero que, por su condición de salud no han sido diagnosticados bajo criterio médico en “estado terminal”. De manera colateral, esta ausencia normativa afecta a las entidades prestadoras y promotoras del servicios de salud en Colombia por la subjetividad y ambigüedad de la norma existente, en la medida que éstas se someten a algunas interrogantes o situaciones como: (i) Sí debe exigirse o no al paciente solicitante del proceso eutanásico que de manera previa se someta a tratamientos y cuidados paliativos, (ii) Que se determine los umbrales del dolor en los cuales se puedan clasificar las enfermedades aplicables y (iii) las imprecisiones sobre los parámetros de funcionalidad del solicitante para tener acceso al procedimiento, por mencionar algunos.

En esa medida, en primer lugar, se presentará los fundamentos conceptuales y legales del derecho a morir dignamente. En segundo lugar, se abordará el desarrollo jurisprudencial y normativo del Derecho a Morir Dignamente en Colombia, analizando la posición de los diferentes actores del sistema general de seguridad social en salud frente a la ausencia normativa. Por último, estudiarán los fundamentos normativos de la potestad legal y reglamentaria, su obligatoriedad y consecuencias de su omisión.

2. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE

Con la intención de evitar dificultades o confusiones, es necesario precisar el significado de algunos términos teóricos y científicos que serán importantes para su correcta interpretación durante el desarrollo de este trabajo. De esta manera, se consolidará el concepto del derecho a morir dignamente en el contexto nacional e internacional.

Estas precisiones conceptuales son imprescindibles, debido a que la terminología médica puede resultar ajena o extraña para algunas personas, por ejemplo, los conceptos eutanasia activa y pasiva, ortotanasia, distanasia y sus diferencias con la figura del suicidio asistido, los cuidados paliativos, entre otros conceptos. Entonces, se presentan los conceptos de manera simplificada con su contenido y alcance, así:

Concepto jurídico de vida

Si bien la Real Academia Española ofrece varias definiciones, este trabajo se delimita al concepto en el ámbito jurídico colombiano. El Código Civil menciona que la existencia legal de las personas principia al nacer, esto es cuando se separa del vientre materno y sobrevive por lo menos un instante. (Ley 57, art. 90, 1887).

Concepto jurídico de muerte

La muerte es entendida como la cesación o término de la vida. (RAE, 2022), y jurídicamente, el mismo Código Civil hace alusión al significado de la muerte como la terminación de la existencia legal. (Ley 57, 1887, art. 94).

No obstante, en la actualidad debido a los avances de la ciencia y tecnología, la definición de 'muerte' no es tan exacta, en la medida que existen diversos dispositivos, instrumentos y técnicas que permiten mantener de manera artificial la subsistencia de las actividades fisiológicas del ser humano, inclusive, reemplazando y cumpliendo las funciones de órganos vitales cuando estos no responden por sí solos. (Manual MSD, 2022)

Por esto, existen criterios de comprobación como guías y protocolos para determinar cuando una persona puede ser declarada medicamente con un diagnóstico de ´muerte´. Estos son, de una parte, el criterio cardiopulmonar, y este se da cuando la función cardiaca y pulmonar cesa y no se obtiene respuesta alguna a la terapia o tratamiento ejercido; y, de otra parte, el criterio cerebral, que se presenta cuando la función encefálica ha cesado su actividad. (Manual MSD, 2022)

La muerte puede ser natural o jurídica, Esto, en razón a que existe la figura de la muerte presunta, y esta se configura a la luz del artículo 97 del Código Civil, cuando una persona reportada como desaparecida en el término de dos años no se tiene noticia de esta. Se requiere declaratoria judicial para ser reconocida como tal la muerte, de lo contrario no produce efectos jurídicos.

Dignidad humana

Es pertinente establecer el concepto de dignidad humana a partir de la síntesis de la configuración jurisprudencial realizada por la Corte Constitucional, quien por medio de la Sentencia T-881 de 2002 precisó la naturaleza y alcance de este derecho fundamental concebido en la Constitución Política.

Al respecto, indicó:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo. (Corte Constitucional, 2002, Sentencia T-881)

Consentimiento

La figura del consentimiento o de la voluntad anticipada, es el derecho que tiene el paciente para decidir acerca de los procedimientos y/o intervenciones quirúrgicas a las que se va a someter,

cuando padezca una enfermedad que requiera algún tratamiento específico. (Ley Estatutaria 1751, 2015, pág. Art. 10).

Es por esto que la Corte Constitucional en el año 2014, enfatizó por medio de una sentencia de tutela que en los casos de eutanasia debía prevalecer por encima del criterio médico y los trámites administrativos, la autonomía del paciente, en otras palabras, su expresión de voluntad. (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-970)

Para el caso de la eutanasia, la expresión de esa voluntad anticipada en ocasiones, puede verse turbada por la imposibilidad material del paciente para expresarse en razón a sus condiciones de salud, lo que comúnmente habilita a su familia y/o representantes legales para tomar la decisión indirectamente.

Eutanasia

Se refiere a la acción u omisión de poner fin a la vida de un paciente, cuando éste no tiene perspectiva de cura. (RAE, 2022). Según (Veschi, 2020) la palabra por sí misma tiene una procedencia griega, *eu* que traduce en parte, 'bien' y *thanatos* que significa 'muerte', por lo que desde su etimología se entiende como el buen morir.

De acuerdo con (Peña & Figueroa, 2020), el concepto eutanasia en el ordenamiento jurídico colombiano toma especial relevancia en la medida que, tras éste reposan derechos fundamentales reconocidos al ser humano que podrían verse involucrados. La dignidad, la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso, entre otros que, tienden a afectarse jurídicamente si no se abordan desde un análisis acucioso determinando el alcance de los mismos.

A su vez, afirma la (Clinica Universidad de Navarra, 2022) que la eutanasia se subclasifica en eutanasia activa y pasiva. La activa está considerada como el acto médico por medio del cual se induce la muerte al paciente, generalmente con el suministro y aplicación de medicamentos. Por su parte, la eutanasia pasiva se podría sintetizar en la limitación al esfuerzo terapéutico realizado por los médicos tratantes, cuando la muerte es inevitable por las condiciones clínicas del paciente.

Suicidio medicamento asistido y su diferencia con la eutanasia.

Se trata del procedimiento médico a través del cual, un paciente con una enfermedad terminal, incurable y/o en estado avanzado decide termina con su vida de manera guiada y segura, bajo los lineamientos de un profesional de la salud. (Manual MSD, 2022).

La diferencia clave respecto del proceso eutanásico, es que en el suicidio medico asistido, es el paciente quien se administra de manera directa los medicamentos que acabaran con su vida y en la eutanasia lo hace un tercero profesional de la salud.

Cuidados paliativos u ortotanasia.

Son los tratamientos y atenciones que se le brindan a los pacientes que tengan una enfermedad grave e incurable, la cual les provoca intensos dolores o sufrimientos prolongados. Su finalidad es la de alivianar las dolencias que aquejan al paciente mientras se aguarda por la llegada de su muerte de manera natural. Dicho de otra forma, es una práctica médica que busca dignificar el lento proceso de la muerte para el paciente y su familia. (Manual MSD, 2022)

Contexto nacional e internacional sobre el derecho a morir dignamente

De este modo, finalizado este asentamiento conceptual, surge la necesidad de plasmar un contexto sobre el derecho a morir dignamente a nivel nacional e internacional. Para el año 1980 se fundaría en Oxford Inglaterra, la Federación Mundial de Sociedades por El Derecho a Morir, misma que, en la actualidad cuenta con 30 países miembros, entre ellos Colombia. Esta asociación, defiende el ideal de que los individuos deben tener el derecho a tomar sus propias decisiones sobre la forma y momento adecuado para su muerte, que éste se haga bajo los preceptos de la dignidad, y que se propenda por el libre acceso a la eutanasia voluntaria. (World Federation of Right to Die Societies, 2020)

Este antecedente, demuestra que Colombia ha sido pionero en América Latina respecto de la inclusión y aplicación del derecho a morir con dignidad en su ordenamiento jurídico, dado que lo acogió como derecho fundamental en virtud de decisiones judiciales de su máximo órgano

constitucional. Ejemplo de ello la sentencia C-239 de 1997, donde se despenalizó el homicidio por piedad bajo estrictas condiciones, y se ordenó por primera vez al Congreso de la República de Colombia que regulara esta materia para incrementar la seguridad jurídica para garantizar los derechos de sus habitantes. (Peña & Figueroa, 2020, pág. Pag. 78)

El proceso de regulación del derecho a morir dignamente en Colombia ha sido lento, la ausencia normativa, sumada a las objeciones de conciencia del personal médico, y los debates entre sectores sociales, culturales y religiosos que ostentan posturas conservadores y liberales respecto del derecho a decidir sobre el cuerpo, así como la posibilidad de elegir la forma como se vive al momento de la muerte. Esta situación, ha provocado que algunas personas, a pesar del desarrollo jurisprudencial y legal, no puedan ejercer de manera libre, consciente y espontánea su derecho a morir dignamente.

3. EL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE DESDE LA JURISPRUDENCIA Y LA LEY COLOMBIANA.

Los avances del derecho a morir dignamente en Colombia, se han dado gracias a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, quien a través de sus análisis realizó una sobreinterpretación de los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, aumentando su alcance de manera extensiva, para la protección de los derechos de algunos particulares. Seguidamente, conminó en múltiples decisiones al legislador para que éste ejerciera su potestad legal, y procediera a regular todo lo relativo a la materia.

Si bien se ha ejercido esa potestad, ésta ha sido limitada e imprecisa, por ello, aún quedan algunos vacíos legales por resolver, como se dilucida en las líneas siguientes.

Entre los principales y más relevantes pronunciamientos de la Corte Constitucional, e intentos de regulación por parte del Congreso de la República y el Ministerio de Salud y Protección Social, acerca del derecho a morir dignamente se encuentran las siguientes sentencias, leyes y resoluciones:

Sentencia T-493 de 1993

Esta sentencia, reconoció por medio un proceso de tutela, a una mujer que padecía un carcinoma mamario el derecho a no ser sometida a tratamientos que no deseaba, pues ella de manera voluntaria había decidido interrumpir sus tratamientos, limitando así, el esfuerzo terapéutico que intentaba ejercer el personal médico pues sus condiciones de salud hacían inevitable su muerte, por lo que consideró innecesario someterse a más procedimientos o atenciones. (Corte Constitucional, 1993, Sentencia T-493)

Por primera vez en Colombia, se empezaría a esbozar la noción de eutanasia pasiva, que como se estableció con anterioridad, es una de las modalidades en las que se puede expresar este derecho, por lo tanto, con esta decisión se dejaría un precedente donde ni el Estado, ni otras personas pueden decidir sobre la autonomía de la voluntad individual, ni pueden pretender que alguien se acoja a un precepto de lo que es la vida digna que no esté acorde a su cosmovisión del mundo.

Sentencia C-239 de 1997

A diferencia de la anterior decisión del órgano constitucional, en esta sentencia se analizó por primera vez el derecho a morir dignamente por medio de la eutanasia activa, y la catalogó como un derecho fundamental de cada individuo. Esta resolución judicial, es considerada como el cimiento jurisprudencial respecto del derecho a morir dignamente, por la interpretación extensiva que realizó el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, frente a los derechos fundamentales a la vida digna, la salud y el libre desarrollo de la personalidad, que se vulneraban dentro del caso particular. Extendiendo así, el alcance y sentido verdadero de lo dispuesto en la norma superior.

Con esta sentencia hito se trazó de manera imperiosa la constitucionalización de este derecho, y paralelamente, se exhortaría por primera vez al Congreso de la República para que este expidiera una regulación integral sobre este derecho, definiendo los parámetros generales sobre los que debía desenvolverse, entre ellos, a través de estándares que permitieran conocer la situación de salud de los pacientes, además, que medie una expresión inequívoca de morir. Asimismo, que se propicien los medios y circunstancias para que pueda brindarse el consentimiento y la

manifestación de la voluntad de manera libre y espontánea, y, por último, que se propendiera por la incorporación de un proceso educativo para las personas donde resaltaré el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona. (Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-239)

Ley 1733 de 2014

Conocida popularmente como ‘Ley Consuelo Devis Saavedra’, con este desarrollo normativo del órgano legislativo, se definió el alcance de conceptos como: ‘enfermo en fase terminal’, ‘enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida’ y ‘cuidados paliativos’. También, obligó a las Empresas Promotoras y Prestadoras del Servicio de Salud, bajo los estándares de la calidad, equidad, cobertura y accesibilidad, a garantizar la prestación del servicio de cuidados paliativos para todas las personas. (Ley 1733, 2014, Art 6)

Sentencia T-970 de 2014

Por medio de este proceso judicial, la máxima Corte eligió para el análisis el caso de una persona con enfermedad terminal que solicitaba a su EPS realizarle la eutanasia activa. En esta decisión, la Corte realizó una precisión terminológica sobre algunos conceptos como la eutanasia en sus diferentes modalidades, la distanasia, los cuidados paliativos, el derecho a morir dignamente y también sobre el homicidio por piedad, homicidio pietístico o eutanásico y el homicidio eugenésico.

Luego de tutelar el derecho fundamental a morir con dignidad del accionante, fue reiterativo con el Ministerio de Salud y protección social, ordenándole una vez más reglamentar el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, en un plazo controversial de 30 días, así:

Ordenar al Ministerio de Salud que, en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de esta providencia, emita una directriz y disponga todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esta sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión. De igual manera, el Ministerio deberá sugerir a los médicos un protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que

servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente. (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-970)

Resolución 1216 de 2015

Dando cumplimiento a la orden reiterada del órgano constitucional por las sentencias C-239 de 1997 y la T-970 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social, solicitó en un inicio ampliación al término conferido en esta última, además solicitó una audiencia especial con la finalidad de aclarar varios de los tópicos que se desprendían del derecho a morir con dignidad, el mismo sería concedido por medio de Auto 098 de 2015, quien negó de manera tajante la solicitud de prórroga solicitada. (Corte Constitucional, 2015, Auto 098)

En mérito de lo expuesto por estas decisiones judiciales, el Ministerio de Salud y Protección Social, dentro del término ejerció su potestad reglamentaria e impartió las directrices para la conformación del comité científico interdisciplinarios encargados de garantizar tal derecho, definió quienes debían integrarlo, y trazó el alcance de sus funciones.

Resolución 1051 de 2016

Por medio de este acto administrativo, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentó la Ley 1733 de 2014, en cuanto al derecho a suscribir el Documento de Voluntad Anticipada. Allí, definió los requisitos específicos que debía contener el formato de declaración de voluntad anticipada, herramienta con la que las Empresas Promotoras y Prestadoras del Servicio de Salud debían adecuar en sus procesos internos; además aclaró que este podía ser modificado, sustituido o revocado en cualquier momento por el titular.

Igualmente, hizo alusión a la capacidad legal de aquellos que desearan suscribir dicho documento, que a grosso modo son, “persona mayor de edad, capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea la suscripción de dicho documento”. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016, Resolución 1051, art. 3)

Por último, esta norma permitió que la declaración de voluntad fuese manifestada por otros medios de difusión como videos, audios u otras tecnologías, siempre que estas contaran con la fe de un notario público. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016, Resolución 1051, art 6)

Resolución 4006 de 2016

A través de este acto administrativo, El Ministerio de Salud y Protección Social creó el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para controlar los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir con dignidad y se reguló su funcionamiento.

Este nuevo comité, se enlazó con los comités Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad de las diferentes instituciones promotoras y prestadoras del servicio de salud, a fin de identificar posibles irregularidades, ofrecer recomendaciones u observaciones que estimara convenientes, y además, dentro de sus funciones más destacables, se encuentra el apoyo que empezaría a ofrecer a éste Ministerio en el desarrollo de los aspectos regulatorios concernientes al derecho a morir con dignidad y en relación con la información estadística que fuera requerida.

Sentencia T-322 de 2017

En esta decisión de la Corte, la sala séptima de revisión de tutelas, decidió no tutelar los derechos fundamentales deprecados por el accionante, quien pretendía que le practicaran el procedimiento de la eutanasia, al considerar que este no cumplía con los requisitos descritos en la línea jurisprudencial de fallos de la Corte Constitucional, puntualmente en las sentencias C-233 de 2014, T-970 de 2014 y T-132 de 2016, en las que se retomaron los parámetros para la valoración de la eutanasia en casos concretos así:

(i) Que el sujeto pasivo que padezca una enfermedad terminal; (ii) Que el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente quien, en todos los casos, debe ser un médico; y (iii) Debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes. (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-322 de 2017.)

Sentencia T-721 de 2017

Este fallo es el caso de un paciente en estado vegetativo que requería el procedimiento eutanásico, pero su Empresa Promotora y Prestadora del servicio de salud, ante los vacíos legales que presentaba la Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, -que dejaban a su criterio interpretativo algunas decisiones-, habían decidido no pronunciarse respecto frente a la petición del paciente; Entonces, en este caso, el Alto Tribunal si bien negó las peticiones incoadas por carencia actual de objeto ante el fallecimiento del peticionario, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social, una adecuación de la mencionada resolución, para regular de manera más específica los siguientes apartados:

i) El párrafo 3ro. del artículo 15 sobre consentimiento sustituto, de acuerdo con lo establecido en la sentencia T-970 de 2014, párrafo 7.2.9, y regule el trámite que deberá adelantarse en caso de presentarse esta forma de consentimiento. ii) Regule el trámite a seguir cuando: a. Se advierta por el médico tratante la necesidad de convocar al Comité de Ética Hospitalaria, con el fin de evaluar la salud del paciente, el manejo terapéutico y las consecuencias de este, en observancia del mejor interés de éste; b. el paciente exprese su voluntad de no continuar con el tratamiento o, por sí mismo o por interpuesta persona, solicite la limitación del esfuerzo terapéutico o la readecuación de las medidas asistenciales. En todo caso deberá contemplarse, entre otros elementos mínimos: plazos para emitir una respuesta, consentimiento sustituto y acompañamiento constante e integral para el paciente y su familia. Lo anterior, en el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación del fallo. (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-721/17)²

Sentencia T-544 de 2017

En el mismo sentido de la decisión anterior, esta sentencia de la corte exhortaría de un lado, al Ministerio de Salud y Protección Social para que dentro del año siguiente adelantara un proyecto

² Por medio de la Sentencia T-060 de 2020, la Corte Constitucional reiteró la orden impartida en la sentencia T-721 de 2017 por parte de la Corte Constitucional al Ministerio de Salud y Protección Social para que, en el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de esa sentencia, procediera a reglamentar las condiciones de viabilidad del consentimiento sustituto en el ámbito del derecho a morir dignamente, en los eventos en que: (i) el paciente se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, y (ii) se carezca de un documento formal de voluntad anticipada, teniendo en cuenta para el efecto las distintas dimensiones del mencionado derecho fundamental, así como las pautas y los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

A su vez, remitió copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación, para que, conforme a sus competencias constitucionales, adelantara las gestiones que considerase pertinentes para propiciar, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social el cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional. El plazo conferido en esta providencia venció en abril del año 2018.

de ley que regulara el derecho a morir dignamente, donde su ámbito de aplicación se enfocara en los niños y adolescentes, y, de otra parte, reiteró una vez más al Congreso de la República para que dentro de los dos años siguientes emitiera una regulación sobre este tema. (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-544)

Resolución 825 de 2018

Como resultado de la anterior sentencia, el Ministerio de Salud y Protección Social, procedió a regular el derecho a morir con dignidad para los niños, niñas y adolescentes, definiendo cuales serían las condiciones especiales para acceder al procedimiento eutanásico.

Este acto administrativo, en su artículo 8 precisó:

Todo adolescente que tenga una enfermedad o condición en fase terminal y que presente sufrimiento constante e insoportable que no pueda ser aliviado, podrá solicitar a su médico tratante la aplicación del procedimiento eutanásico como parte de su derecho a morir con dignidad. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, Resolución 825, art 8)

Seguidamente, en su artículo 10, numeral 2 indicó: “De los 14 a los 17 años de edad no es obligatorio contar con la concurrencia de quien ejerza la patria potestad del adolescente. Siempre se informará a quien la ejerza sobre la decisión adoptada por el paciente”. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018, Resolución 825, art 10)³

Resolución 971 de 2021

El Ministerio de Salud y Protección social, en virtud de esta resolución administrativa y cionándose a los criterios jurisprudenciales y legales de los últimos 24 años, actualizó e incorporó en un solo cuerpo normativo las disposiciones relacionadas con la recepción, trámite y reporte de las solicitudes recibidas por ciudadanos, cuando su deseo fuese morir con dignidad a través de la eutanasia. También, estableció la organización y funcionamiento de los comités Científico-Interdisciplinarios.

³ La Resolución 2665 de 2018, modificó parcialmente la Ley 1733 de 2014, al indicar que tienen legitimación para suscribir documento de voluntad anticipada (i) los mayores de edad y los adolescentes entre 14 y 18 años, (ii) que sean capaces y se hallen en pleno uso de sus facultades legales y mentales, (iii) ya sea que estén sanos o en estado de enfermedad, y (iv) con total conocimiento de las implicaciones que acarrea la suscripción de dicho documento.

Lo más destacable y a su vez reprochable de esta reglamentación, fue los requisitos mínimos que debían ostentar la persona que deseen expresar su solicitud del procedimiento eutanásico, frente a la entidad Promotora y Prestadora del Servicio de Salud, estos son: “(i) la presencia de una condición clínica de fin de vida, esto es, enfermedad incurable avanzada, enfermedad terminal, o agonía, (ii) presentar sufrimiento secundario a esta, (iii) estar en condiciones de expresar la solicitud de manera directa”. (Ministerio de salud y Protección Social, 2021, Resolución 971, pág. art 7)

Lo anterior, constituyó de manera taxativa un vacío legal frente a aquellas personas que padecieran otras patologías que, no siendo terminales les produjeran sufrimientos insoportables, excluyendo grupos sociales que eventualmente, podrían ver afectado su derecho fundamental a morir con dignidad, por las barreras de índole administrativo que impondrían las entidades Promotoras y Prestadoras del Servicio de Salud para el trámite de este tipo de solicitudes. Estas entidades fundarían su negativa en la ausencia normativa y con el fin de evitar verse inmersas en procesos administrativos sancionatorios por parte de sus entidades de Inspección Control y Vigilancia como la Superintendencia Nacional de Salud, Secretarías de Salud Local y Departamental, entre otras.

En razón a esto, en Colombia durante el año 2021, se negaron por parte de las entidades promotoras y prestadoras del servicio de salud varias peticiones de personas que, ostentando una enfermedad no terminal deseaban terminar con su vida de manera digna a través del procedimiento eutanásico activo, por sus condiciones de salud.

Entre los casos analizados, pacientes del departamento de Cali y Antioquia con enfermedades de transmisión sexual como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), otros con enfermedades del sistema nervioso como la Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA) además, enfermedades obstructivas crónicas del sistema respiratorio (EPOC), y también, carcinomas con metástasis (CA).

Estos pacientes, presentaron acciones de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la vida digna, la salud, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, y fundamentando jurídicamente su petición con la línea jurisprudencial y legal existente, y en especial, con la sentencia C-233 de 2021 de la Corte Constitucional, la cual se explica a continuación.

Sentencia C-233 de 2021

Solo habían transcurridos 20 días de la promulgación de la Resolución 971 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social, y la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 106 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal, que específicamente establece el tipo penal de “homicidio por piedad” (Ley 599, 2000, Art. 106), en la que el demandante consideró que:

El artículo mencionado desconocía el derecho fundamental a la muerte digna de las personas que se hallan en circunstancias de salud extremas, sin posibilidades reales de alivio, fruto de lesiones corporales o enfermedades graves e incurables, pero no se encuentran en estado terminal. (Corte Constitucional, 2021, Sentencia C-233)

Según él actor, la disposición violaba los derechos a la igualdad, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad, así como los principios de solidaridad y dignidad humana. Después del estudio del caso, la Corte Constitucional en Sala Plena, por medio de la Sentencia C-233 de 2021, determinó que, si bien no era inconstitucional, debía interpretarse así:

No se incurre en el delito de homicidio por piedad, cuando la conducta (i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable. (Corte Constitucional, 2021, Sentencia C-233)

Dicha resolución judicial, generó una dicotomía entre los órganos ejecutivo y legislativo del poder público, pues desde la posición de la Corte Constitucional se eliminaba el criterio de ‘enfermedad terminal’ para las enfermedades que había excluido la Resolución 971 de 2021, y

adujo que bastaba con el consentimiento del peticionario y mediara un sufrimiento proveniente de lesión grave e incurable.

Además, esta decisión vislumbró algunos vacíos legales respecto del derecho a morir dignamente, que afectaron a los diferentes actores del sistema de seguridad social en salud. Entre los problemas para las Entidades Promotoras y Prestadoras del Servicio de Salud surgen algunas interrogantes:

¿Se debe exigir o no al paciente solicitante del proceso eutanásico que de manera previa se someta a tratamientos y cuidados paliativos?; ¿debe determinarse los umbrales del dolor en los cuales se pueda clasificar las enfermedades aplicables?; ¿a qué tipo de enfermedad se clasificaría el criterio de terminales?; y, ¿cuál es el procedimiento que debe seguir el solicitante ante la IPS o EPS para tener acceso al procedimiento; De igual manera, cuando éste, acude por una enfermedad no terminal; ¿debe aplicarse por analogía las reglas contenidas en la Resolución 971 de 2021?; o por el contrario, ¿debe esperarse a que el Congreso de la República expida por medio de ley estatutaria lo concerniente a este tipo de pacientes?; Asimismo, ¿Deben las IPS y EPS esperar a que el Ministerio de Salud y Protección Social expida alguna resolución que defina los lineamientos y directrices para atender este tipo de población?; ¿son aplicables las multas y sanciones derivadas de los procesos administrativos sancionatorios que se adelanten en contra de Instituciones Promotoras y Prestadoras del Servicio de Salud, por el desconocimiento de la Resolución 971 de 2021?.

Entonces, esta crisis interpretativa de derechos reconocidos constitucionalmente, y que, en multiplicidad de ocasiones la Corte Constitucional ha ordenado a entidades competentes el ejercicio de su potestad normativa, ha sido trasladada de los órganos del poder público a particulares, quienes de manera subjetiva deben tomar sus decisiones, asumiendo riesgos de tipo legal, económico y hasta reputacional, como es el caso, de la vinculación permanente en acciones de tutela por la negativa del procedimiento, donde sus actores, quienes no cumplan con el criterio de 'enfermedad terminal' buscarían garantizar el ejercicio de su derecho a morir con dignidad.

**4. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA POTESTAD LEGAL Y
REGLAMENTARIA, SU OBLIGATORIEDAD Y CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN.**

Fundamentos normativos de la potestad legal y reglamentaria.

Desde una visión pragmática, la potestad normativa en sentido amplio podría concebirse como la capacidad de una persona jurídica o natural, para expedir regulaciones sobre determinadas materias en virtud de las competencias que le han sido conferidas. A partir de esta, y en un sentido estricto, se derivan la potestad legal y la reglamentaria. La primera, podría entenderse como la prerrogativa del órgano legislativo del poder público, quien a través de los miembros de su corporación promueven proyectos de ley para regular diferentes asuntos de la sociedad, de acuerdo al mandato popular; la segunda potestad, es alusiva a la capacidad del órgano ejecutivo del poder público quien, en ejercicio de sus funciones administrativas, y en cumplimiento de las leyes, expide reglamentos específicos, de naturaleza instructiva para los diferentes sectores de la sociedad.

Ahora, desde la óptica constitucional, el fundamento jurídico de la potestad legal, se encuentra en el artículo 114 de la Constitución Política de Colombia, según el cual: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”. (Constitución Política Colombiana, 1991, pág. Art. 114)

Esta facultad por regla general, es de uso exclusivo del Congreso de la República y solo de manera excepcional la ejerce el Presidente con ciertas limitaciones. (Constitución Política Colombiana, 1991, pág. Art. 150). Esta corporación, debe ejercer esta función para expedir los siguientes tipos de leyes: ordinarias, estatutarias, orgánicas, las que confieren facultades extraordinarias, las leyes marco y las que aprueban tratados internacionales.

Pues bien, el Congreso de la República, en uso de estas atribuciones constitucionales, ha ejercido de manera parcial esa potestad frente al derecho a morir con dignidad, pues como se ha mencionado, las diferentes disposiciones de esta corporación han dejado por fuera la posibilidad de ejercicio de este derecho por parte de personas que, aún con el diagnóstico de un profesional de

la salud que dictamina una enfermedad grave e incurable esta no se encuentre en un estado terminal aunque ello le implique la prolongación de su sufrimiento.

No se desconoce, que la regulación del derecho a morir con dignidad a través de los años ha supuesto un reto para este órgano legislativo, en la medida que se han dado movimientos y presiones políticas, sociales, religiosas y culturales en su contra, que desde cuestiones éticas y morales se le han resistido, al punto de que proyectos de ley radicados como el 155 del 2004, 05 de 2007, 44 de 2008, 15 de 2008 y el 070 de 2012, que buscaban la reglamentación de este derecho, no lograron pasar la etapa de los debates en el congreso para su sanción presidencial definitiva.

De otro lado, el fundamento jurídico constitucional de la potestad reglamentaria se exhibe en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, el cual versa lo siguiente: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. (Constitución Política Colombiana, 1991, pág. Art. 189 #11)

La potestad reglamentaria es una función que puede ser delegada por el Presidente en diferentes organismos y/o funcionarios de la rama ejecutiva, según el artículo 211 del texto constitucional, podrá delegarla en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.

Ahora, el ejercicio de esta facultad no es ilimitada, toda vez que ésta se circunscribe a la regulación de las leyes que se han confiado al Presidente reglamentar, y no es posible que en su desarrollo se modifique, amplie, adicione, enerve o suprima, por esa vía, disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla. (Consejo de Estado, 2011, Radicado 2009-17639, pág. 1)

Igualmente, el órgano ejecutivo no puede excederse en la interpretación discrecional de las subreglas provistas por el Consejo de Estado para la reglamentación de sentencias, que le faculta para realizar de manera excepcional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- “[...]1. El cumplimiento de una orden expresa, específica y completa del juez constitucional.
 2. Que se verifique que, en efecto, haya una afectación a un derecho fundamental, producto de la ausencia de regulación legal de la materia y que esté acreditado que el legislador ha sido renuente a legislar sobre el asunto.
 3. Que se trate de una solución de carácter temporal, transitoria y excepcional”.
- (Consejo de Estado, Sección Primera, 2016)

La inobservancia de estas causales, hace que dichos actos administrativos sean objeto de control judicial posterior, al no ser actos de mera ejecución sino nueva fuente de reglamento, en vista de que:

El acto administrativo-reglamento que ejecuta la sentencia es un verdadero acto normativo y no de mera ejecución, tiene importantes implicaciones de cara a determinar cuando la Administración Pública excede el poder reglamentario al reglamentar más allá de lo indicado en las subreglas jurisprudenciales y, por esta vía, se genere una nueva configuración en el sistema de fuentes del derecho administrativo, debido a que, el acto que reglamenta la sentencia viene a cumplir un papel prevalente, por encima de la sentencia misma, debido a la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción contenciosa administrativa. (Pedro Palacios, 2021)

La extralimitación de esta función supone una invasión a las competencias propias del Congreso, por ende, no podrá el ejecutivo crear nuevas disposiciones o cambiar deliberadamente la esencia o el espíritu de la ley descrita por el legislador. Es así, como el Ministerio de Salud y Protección Social, frente a las múltiples sentencias exhortativas de la Corte Constitucional, en las que se le conminó a regular el Derecho a Morir Dignamente, se ha inhibido en atención a la ausencia de ley estatutaria que defina el marco legal en el cual pueda desenvolverse, entre ellas, como operar ante personas que cuenten con una enfermedad diagnosticada como no terminal.

Este derecho, al estar directamente relacionado con los derechos fundamentales a la salud, la vida, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, tiene reserva de ley

estatutaria y es competencia exclusiva del Congreso de la República. Su desconocimiento implica una clara violación al principio de separación de poderes. Así lo trae el artículo 150 y 152 constitucional. (Constitución Política Colombiana, 1991, pág. Art. 150 y 152)

De hecho, la Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, expuesta con anterioridad⁴, fue demandada por la Procuraduría General de la Nación por medio del entonces Procurador Alejandro Ordoñez Maldonado, bajo el medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, ante el Consejo de Estado, porque a su criterio, el Ministerio solo podía expedir resoluciones para desarrollar las leyes y decretos presidenciales que estuvieran directamente relacionados con su cartera ministerial, y la eutanasia no hacía parte de esa competencia, por lo que, para él resultaba ilegal por ser resorte exclusivo del Congreso, según el artículo 152 y 153 de la Carta Política. (Procuraduría General de la Nación, (05 de mayo de 2015), Boletín de Prensa 425, s.f.)

Con todo esto, es importante resaltar que, así como el ejecutivo tiene límites para el ejercicio de esta potestad, el legislativo también posee ciertas restricciones de configuración legislativa, esto es, que el Congreso de la República tampoco puede crear ni modificar la esencia del texto constitucional cuando este pretenda regular algún tema en particular. En palabras de la Alta Corte: “no se trata de una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles”. (Corte Constitucional, (2002) Sentencia C-828)

Aun así, el Congreso tiene ciertas libertades para configurar las normas en el marco de la Constitución Política, y entre ellas, la expedición de leyes de mandato para que el órgano ejecutivo, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, garanticen los procedimientos para regular la muerte digna en personas con enfermedades graves e incurables, aunque estas no sean terminales.

⁴ Resolución 1216 de 2015. El Ministerio de Salud y Protección Social, dentro del término ejerció su potestad reglamentaria e impartió las directrices para la conformación del comité científico interdisciplinarios encargados de garantizar tal derecho, definió quienes debían integrarlo, y trazó el alcance de sus funciones.

Es que la garantía del derecho a morir con dignidad, ya cuenta con un fundamento constitucional, reconocido y reiterado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, en virtud de la interpretación de varios derechos fundamentales como la dignidad humana, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, entre otros. Estos derechos son inalienables y están intrínsecamente relacionados con la elección de las diferentes alternativas terapéuticas existentes, que a criterio de cada persona se ajusten a un final digno de su vida.

En conclusión, el legislador se ha inhibido de expedir una ley estatutaria para regular este tema, así como el Ministerio de Salud y Protección Social de reglamentar lo respectivo, a pesar de reconocimientos jurisprudenciales y normativos, así como de las diferentes directrices definidas por la Organización Mundial de la Salud – OMS, entre ellas, las que ha ordenado a los países miembro, el uso de los cuidados paliativos, como un “Enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas, físicos, psicológicos y espirituales”. (Organización Mundial de la Salud, s.f.).

Algunas consecuencias por la omisión del ejercicio de las potestades legales y reglamentarias.

Son varias las veces que, sentencias judiciales han exhortado a los órganos legislativo y ejecutivo a ejercer sus potestades normativas para garantizar el derecho a morir dignamente, entre estas, la C-239 de 1997, T-970 de 2014, T-721 de 2017, T-544 de 2017 y la C-233 de 2021, por resaltar las más importantes. Sin embargo, estas entidades han omitido llevar a cabo la regulación en personas con enfermedades graves e incurables, pero que no cuentan con un criterio médico que dictamine su estado terminal.

Luigi Ferraloli (2006), aseveró: “es mucho más difícil y problemático, [...], la extensión del control de constitucionalidad a las lagunas, es decir, a las violaciones de la Constitución no por comisión (como son las antinomias generadas por normas inválidas), sino por omisiones”.

En efecto, es válido preguntarse: ¿Cuáles son las implicaciones legales derivadas de la omisión del legislador y de las entidades administrativas, de ejercer su potestad legal y reglamentaria?; ¿Existe responsabilidad del estado por el hecho omisivo del legislador? o ¿Incurre el Juez, en el tipo penal de Prevaricato por Omisión al desconocer la Jurisprudencia?

En respuesta, desde la teoría de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, podría predicarse la falla del servicio como título de imputación por las omisiones relativas y absolutas, en las que ha incurrido el Congreso de la República. Toda vez que, existe un daño antijurídico asociado, que ha impuesto cargas superiores a las que las personas que no han sido diagnosticados por un profesional de la salud en estado terminal, pero que han exigido la aplicación de la eutanasia activa por el prolongado sufrimiento que les genera una enfermedad grave e incurable.

De la lectura del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, el cual consagra el medio de control de reparación directa, puede vislumbrarse la posibilidad de que personas que deseen ser indemnizadas integralmente por los perjuicios ocasionados en razón de una omisión, cuando por inactividad de las obligaciones propias del Estado se causan daños, en este caso perjuicios morales, al individuo o su familia (Ley 1437 2011, pág. Art. 140) Podrían entonces, los accionantes de ese medio de control aportar como pruebas dentro del proceso las declaratorias de inexequibilidad, así como los proyectos de ley que no prosperaron, la reiterada exhortación jurisprudencial y las directrices de entidades internacionales, a fin de que se declare la falla del servicio por los hechos del legislador.

De otra suerte, al abordar la problemática de sí los Jueces pueden incurrir en el tipo penal dispuesto en artículo 414 del Código Penal, conocido como prevaricato por omisión, cuando estos desconozcan la Jurisprudencia que haya reconocido e interpretado con anterioridad los derechos fundamentales, a personas que no contaban con una enfermedad terminal y aun así les fue ordenado a las Instituciones Prestadoras y Aseguradoras del Servicio de salud la realización de la eutanasia activa, debe advertirse:

La sentencia C-239 de 1997 y la sentencia C-233 de 2021, de la Corte Constitucional, al ser expedidas por un órgano de cierre, se les ha de otorgar un valor vinculante y de obligatorio acatamiento por los demás jueces, impidiendo su reproducción o apartamiento, salvo que el Juez lo haga exponiendo los criterios de hecho y derecho, bajo los parámetros de la sentencia C-836 de 2001, la cual dispuso sobre la autonomía interpretativa del Juez y la mayor carga argumentativa que se exige a un juez inferior para apartarse:

La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina *cuándo* puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la *forma* como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones. (Corte Constitucional, (2001), Sentencia C-836)

En estos términos, deberá estudiarse de manera individual las decisiones judiciales que se apartan o reproducen la jurisprudencia como fuente obligatoria, y para este caso, las sentencias C-239 de 1997 y la sentencia C-233 de 2021, para identificar si las mismas pueden tipificarse o no como un prevaricato, atendiendo a otras sentencias que desarrollan la autonomía interpretativa del operador judicial, siempre y cuando éste argumente las razones de hecho y derecho que soportan su decisión.

No ocurre lo mismo con las autoridades administrativas del Estado, en este caso, el Ministerio de Salud y Protección Social, quien tiene la obligación de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y el precedente judicial constitucional. Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

Las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete, especialmente del máximo intérprete de la Constitución. (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-539)

Después de todo, al cabo de 25 años de desarrollo normativo sobre el derecho a morir con dignidad, es notorio que todavía nos encontramos en un proceso de transformación en nuestro ordenamiento jurídico, de una parte, con la irradiación de normas y principios de rango constitucional a las demás ramas del estado (Guastini, 2003) y, de otra parte, como indicó (Bobbio, 1957) la interpretación extensiva de los derechos fundamentales que han realizado algunos jueces en casos análogos. En otras palabras, aún no se ha constitucionalizado totalmente este derecho.

Las concepciones actuales sobre la aplicación directa de las normas constitucionales, encuentran su fundamento en que estas moldean relaciones sociales a través de principios y normas programáticas, que producen efectos directos cuando la controversia no es resuelta directamente por la ley, ya sea por la ausencia legal o reglamentaria, o por un ejercicio de la potestad normativa imperfecta que produzca lagunas o injusticias. (Guastini, 2003)

Por tales motivos, la herramienta por antonomasia para garantizar los derechos fundamentales eventualmente vulnerados a una persona, durante el ejercicio del derecho a morir dignamente, es y seguirá siendo la acción de tutela como mecanismo constitucional. Empero, no es prudente que esta situación continúe pues podría estarse desplazando al legislador de las funciones que le son inherentes, en atención a que siempre se necesitará de una ley que precise y asiente en el ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Constitución Política, y no limitarse solo a que el juez las interprete.

Esta situación, insta al estado colombiano, en palabras de (Alexy, 1986), a reformular su ordenamiento jurídico, necesariamente, a través de un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales, las leyes escritas, los principios y los valores que confluyen a favor y en contra. Y para el caso en comento, para regular cabalmente el derecho a morir con dignidad.

**5. CONCLUSIÓN: EXHORTO POR EL DESARROLLO LEGAL Y
REGLAMENTARIO DEL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE.**

El derecho a la muerte digna es un derecho reconocido jurídicamente en Colombia, a pesar de movimientos y presiones políticas, sociales, religiosas y culturales. Fueron varios proyectos de ley que fracasaron en los debates del Congreso de la República, pero, en el marco del derecho fundamental de la dignidad humana, las personas que padezcan enfermedades graves e incurables pueden hacerlo efectivo de manera voluntaria, libre y autónoma, de acuerdo a la normatividad vigente, y en lo no previsto, como el caso de pacientes que no cuentan con diagnóstico de profesional de la salud de “estado terminal”, podrán gestionar ante los impedimentos administrativos por las aseguradoras e instituciones en salud, acciones constitucionales para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial existente.

El panorama actual, por las dificultades que afrontan los actores del sistema de salud, demanda que los órganos legislativos y ejecutivos del poder público ejerzan sus potestades legales y reglamentarias para regular el derecho a morir dignamente en pacientes que no hayan sido reconocidos con enfermedades catalogadas en fase terminal, donde se definan a través de ley estatutaria y/o resoluciones respectivamente, la obligatoriedad o no del sometimiento a cuidados paliativos, los procedimientos y trámites administrativos que deben seguirse, la clasificación de las enfermedades aplicables, la estandarización de los umbrales de dolor, entre otras.

La contumacia del Congreso de la República y del Ministerio de Salud y Protección Social al no ejercer estas potestades normativas pese a las múltiples exhortaciones de la Alta Corte, trae consigo ciertas repercusiones jurídicas y sociales que afectan al Estado Colombiano, en la medida que: i) se abrirían escenarios de demandas por el medio de control de reparación directa, que busquen indemnizar a personas que sufran eventualmente daños antijurídicos por el hecho omisivo del legislador, ii) se incrementaría la interposición de acciones de tutela para la protección de derechos fundamentales de personas. iii) se afectaría el sistema de fuentes del derecho administrativo, con las eventuales extralimitaciones de la Administración Pública al intentar

regular discrecionalmente sentencias judiciales, que no hubieren sido previamente objeto de ley estatutaria. Esto, por la incidencia directa en los principios de reserva de ley y separación de poderes.

En suma, ante las deficiencias de la norma y la ausencia normativa, el Estado colombiano debe continuar con la constitucionalización de su ordenamiento jurídico, adaptando las leyes que regulen este problema de salud pública, que paulatinamente ha pasado de ser un derecho individual a uno colectivo. No solo se trata de unir voluntades políticas, sino de cumplir claros mandatos constitucionales y órdenes judiciales que velan por el derecho a morir dignamente. Lo anterior, con ocasión a las dificultades interpretativas que ha provocado a los diferentes actores del sistema de salud, para el correcto ejercicio del derecho a morir con dignidad.

6. Referencias bibliográficas.

- Benjamín Veschi, (2020), Etimología de la palabra, sección cultura. Recuperado de <https://etimologia.com/eutanasia/>
- Constitución Política de Colombia, (1991). Recuperado de <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica> e <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>
- Congreso de la República, (2015). Ley 1751. Por medio de la cual se regula el derecho a la salud y se dictan otras disposiciones. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html
- Congreso de la Republica, (2014). Ley 1713. Mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59379>
- Congreso de la Republica, (2000). Ley 599. Código Penal Colombiano. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_penal_1999.html
- Congreso de la Republica, (1887). Ley 57. Código Civil Colombiano. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr002.html#90

Consejo de Estado. (2016) Sección Primera, radicado 11001-03-24-000-2013-00257-00.

Recuperado de <https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>

Consejo de Estado, (2011). Sección Cuarta, Expediente Radicado 11001-03-27-000-2009-00016-00(17639) (MP Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez)

Corte Constitucional, Sala Plena (2021), Sentencia C-233 Expediente D-14043 (MP Diana Fajardo Rivera). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-233-21.htm>

Corte Constitucional, Sala Quinta de revisión de tutelas (2017) Sentencia T-544. (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-544-17.htm>

Corte Constitucional, Sala Septima de Revision de ttuelas. (2017) Sentencia T-322 de 2017. Expediente T- 5.496.521 (MP Aquiles Arrieta Gómez) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-322-17.htm>

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revision de tutelas. (2017) Sentencia T-721/17. Expediente T-6.026.987. (MP Antonio José Lizarazo Ocampo). Recuperado de [corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-721-17.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-721-17.htm)

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, (2014), Sentencia T-970. Expediente T-4.067.849. (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena, (2011) (MP Luís Ernesto Vargas Silva). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2002) (MP Eduardo Montealegre). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c828_2002.html#:~:text=La%20libertad%20de%20configuraci%C3%B3n%20del,de%20una%20discrecionalidad%20sin%20controles.

Corte Constitucional, Sala Plena (2002), Sentencia T-881. Expedientes T-542060 y T-602073 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>

Corte Constitucional, (2001), Sentencia C-836 (MP Rodrigo Escobar Gil). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (1997), Sentencia C-239 Expediente D-1490 (MP Carlos Gaviria Diaz). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (1993), Sentencia T-493. Expediente T-16779. (MP Antonio Barrera Carbonell). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-493-93.htm>

Clinica Universidad de Navarra, (2022). Diccionario Medico. Recuperado de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos>

Ferralloli, Luigi, (2006) Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf

Guastini, Riccardo, (2003) La Constitucionalización del ordenamiento juridico.

Manuales MSD, (2022). Conocimiento Medico Global. Recuperado de <https://www.msmanuals.com/es/hogar/resourcespages/acerca-de-los-manuales-msd>

Ministerio de salud y proteccion social, (08 de julio de 2021). Resolución 971. Por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Norm_Resoluciones.aspx

Ministerio de salud y protección social, (2018). Resolución 825 de 2018, Por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-825-de-2018.pdf>

Ministerio de salud y Proteccion social, (2016), Resolución 1051, Por medio de la cual se reglamenta la Ley 1733 de 2014 en cuanto al derecho a suscribir el Documento de Voluntad Anticipada. Recuparado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201051%20de%202016.pdf

Ministerio de salud y proteccion social, (20 de abril de 2015). Resolución 1216. Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la honorable

-
- Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. Recuérdado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_1216_2015.htm
- Norbert, Bobbio, (1957). *Novissimo Digesto Italiano* publicado por la editorial UTET de Turín (vol. I, Tomo I) concepción de la analogía en las diversas etapas del pensamiento
- Organización Mundial de la Salud, (06 de octubre de 2016), Sitio Web Oficial, *Cuidados Paliativos*. Recuperado de: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12587:palliative-care&Itemid=42139&lang=es#gsc.tab=0
- Peña, A., & Figueroa, K. (2020). *Morir Dignamente: Una Visión desde el Derecho Colombiano*. Universidad del Cauca.
- Palacio, P (2021). *Reglamentación de sentencias de las Altas Cortes: Paradojas del sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano*
- Procuraduría General de la Nación (2015), Sitio Web Oficial, Boletín de Prensa No. 425. *Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado demandó la resolución que reglamentó la eutanasia en Colombia*. Recuperado de https://apps.procuraduria.gov.co/portal/Procurador-Alejandro_Ordenez_Maldonado_demand_la_resoluci_n_que_reglament_la_eutanasia_en_Colombia.news
- Real Academia Española, (2022). *Diccionario*. Recuperado de <https://www.rae.es/>
- Robert, Alexy, (1987), *Theorie der grundrechte*, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Recuperado de <https://www.dykinson.com/cart/download/ebooks/4121/>
- Taboada, P. (2000). *El Derecho a Morir con Dignidad*. *Acta Bioethica*, 10. Recuperado de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v6n1/art07.pdf>
- World Federation of Right to Die Societies, (2020). *Página Web Oficial*, recuperado de <https://wfrtds.org/>