



Revista de
Derecho
Público

**SOBRE LA EUTANASIA Y EL CONCEPTO DE GRAN INVALIDEZ:
UNA VINCULACIÓN POSIBLE**

SEBASTIÁN RODRÍGUEZ CÁRDENAS

Revisión de tema

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.33.2014.07>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 33

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7778

Sobre la eutanasia y el concepto de gran invalidez: una vinculación posible

Resumen

En este ensayo, a través de una metodología de revisión de literatura, se aboga por vincular los conceptos de eutanasia y de gran invalidez propendiendo por una incorporación incluyente, basada en el respeto a la libertad y a las garantías fundamentales. El debate se encuadra en la pugna entre la individualidad y la colectividad al interior de los reinos del quehacer ético y jurídico-constitucional.

Palabras clave: eutanasia, gran invalidez, libertad, doctrina constitucional.

About euthansia and the concept of severe disability: a possible linking

Abstract

In these considerations, through a literature review methodology, this essay advocates to link the concepts of Euthanasia and Severe Disability reaching out for an inclusive incorporation based on respect for freedom and fundamental rights. The debate is framed in the struggle between individuality and collectivity in the realms of ethical, legal and constitutional affairs.

Keywords: euthanasia, severe disability, freedom, constitutional doctrine.

Sobre a eutanásia e o conceito de grande invalidez: uma vinculação possível

Resumo

Neste ensaio, através de uma metodologia de revisão de literatura, pretende-se vincular os conceitos de eutanásia e de grande invalidez propendendo por uma incorporação mais inclusiva, baseada no respeito à liberdade e às garantias fundamentais. O debate se enquadra na pugna entre a individualidade e a coletividade ao interior dos reinos do trabalho ético e jurídico-constitucional.

Palavras-chave: eutanásia, grande invalidez, liberdade, doutrina constitucional.

Sobre la eutanasia y el concepto de gran invalidez: una vinculación posible*

Sebastián Rodríguez Cárdenas**

SUMARIO

Introducción – I. LA EUTANASIA EN COLOMBIA – A. *Influencia ética y jurídica* – II. EUTANASIA Y GRAN INVALIDEZ – III. POSICIÓN RESPECTO AL PROBLEMA – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Rodríguez Cárdenas, S. (Diciembre, 2014). Sobre la eutanasia y el concepto de gran invalidez: una vinculación posible. *Revista de Derecho Público*, 33. Universidad de los Andes (Colombia).

** Estudiante de Derecho de la Universidad de Caldas. Monitor en Introducción al Derecho Penal y Teoría del Delito de la misma universidad. Practicante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas. Correo: sebas_rodriguez@hotmail.es

Introducción

El problema que se plantea en el siguiente ensayo parte de las consideraciones de la sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional y el concepto de gran invalidez contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Para estos efectos, se pregunta si, dada la posibilidad material y jurisprudencial de acceder a la figura de la eutanasia, y cumpliendo con los requisitos objetivos que prescribe la Corte Constitucional, es posible para una persona que padezca de gran invalidez optar por tal procedimiento, de acuerdo no solo con los preceptos constitucionales pertinentes, sino con una perspectiva de construcción de garantías y libertades.

Así pues, es necesario (i) plantear el problema de la vigencia y aplicación de la eutanasia en Colombia, (ii) determinar los factores de influencia en materia ética y jurídica, (iii) vincular la eutanasia con el concepto de gran invalidez y, por último, (iv) sentar una posición respecto del problema planteado.

Para ello se ha optado por una metodología de revisión de literatura sobre el tema, que se enmarca en el núm. 6 de la tipología de artículos científicos, según Colciencias.

I. LA EUTANASIA EN COLOMBIA

La sentencia C-239 de 1997, analizando los cargos de constitucionalidad de la figura del ho-

micidio por piedad del Código Penal de 1980, entra en la discusión sobre la posibilidad que denota la Carta Política sobre la escogencia del curso vital, a partir no solo del preámbulo, que consagra la dignidad humana, sino del artículo 16 que desarrolla el valor preambular en la consigna del libre desarrollo de la personalidad. En la sentencia, el magistrado Carlos Gaviria Díaz, luego de plantear el problema en materia de ordenamiento penal, pasa a discurrir sobre las condiciones necesarias para que, avalado por la Constitución, el ciudadano que lo desee pueda acceder a una muerte digna. En el curso del estudio, la Corte se plantea la pregunta esencial sobre si la vida es un derecho o un deber de la persona, aduciendo no solo argumentos de tipo meramente jurídico, sino dando lugar a una discusión más amplia en la que tiene cabida el rol cultural y político que juega la vida misma, extendiéndose así más allá de su característica meramente biológica, y enmarcando su trascendencia evidente en el devenir social. La respuesta que brinda la Corte sobre la pregunta anteriormente enunciada se basa en una perspectiva pluralista manifestada en los siguientes términos:

la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes sólo en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las cir-

cunstances extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibile de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral.

(...) no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues de nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción (sentencia C-239/97, p. 33).

Salda la Corte la discusión a favor de tomar la vida como un derecho y no como un deber, lo cual se compadece con el modelo de Estado social y de derecho, y los postulados que se siguen de este, sin desconocer la importancia colectiva y capital de las perspectivas éticas. Sobre este punto se volverá más adelante.

La Corte entra posteriormente a determinar los aspectos concretos del derecho que tiene la persona en Colombia de disponer de su propia vida, así como la regulación necesaria para su aplicación. En este sentido, se ordena que para que una conducta de muerte asistida no incurra en el tipo penal de homicidio por piedad, y mucho menos en el tipo de homicidio simple (a falta del elemento pietístico), es necesario en primer lugar que quien realice el procedimiento eutanásico sea un profesional de la medicina, en segundo lugar que el paciente sea un mayor de edad con capacidad suficiente para dar un consentimiento y, por último, que dicho consentimiento sea informado. Se exige además que el deseo de morir haya sido manifestado en reite-

radas ocasiones por el paciente, para que no se ocasione la muerte como fruto de una irrupción de sufrimiento insoportable que obnubile el juicio de este.

No obstante, los requisitos anteriores no bastan para la configuración de la eutanasia como tal, sino que es necesario que el paciente padezca de intensos sufrimientos a causa de una enfermedad terminal. He aquí el núcleo problemático respecto de una eutanasia practicada en una persona que padezca de lo que la ley ha denominado gran invalidez, pues es ostensible la diferencia que existe entre el sufrimiento causado por una enfermedad que, inexorable y prontamente, llevará a la muerte¹ y el sufrimiento (que indudablemente existe) de quien está incapacitado para desarrollar las mínimas actividades de la vida cotidiana, lo que no lo condiciona a una muerte célere y causada por la incapacidad misma. Sobre este aspecto versará el tercer punto del trabajo, pues es esta diferencia la que convierte un acto de dignidad en una conducta merecedora de pena a la luz del derecho.

Es preciso entonces hacer una breve mención de los problemas éticos y jurídicos que suscita la práctica del suicidio asistido, no solo con miras a una comprensión holística del problema, sino también como justificación ulterior de la posición que se plantea en este escrito. Empero,

1 Es importante mencionar que el sufrimiento efectivo del paciente y la condición terminal de su padecimiento tienen capital importancia para la diferenciación entre el concepto de eutanasia activa y pasiva: en la primera la muerte del paciente se lleva a cabo por medio de un acto, mientras que en la segunda, es la omisión de tratamiento la que conduce a la muerte.

antes de pasar al siguiente apartado es necesario mencionar que el nacimiento de la eutanasia a la vida jurídica, al haberse dado por vía de doctrina constitucional, tiene el predicamento de no estar incluida en un listado como el plan obligatorio de salud (POS), o en los procedimientos que se autorizan a los pacientes que han sufrido una enfermedad o un accidente laboral, dejando abierta la puerta para que, en virtud de una exégesis normativa, se niegue el derecho de una persona a morir, aun cuando es indubitable la existencia no punible de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

En resumen, debe decirse que quien, actuando de manera altruista y contando con las formalidades que exige la Corte Constitucional, aplique sobre un paciente terminal la muerte, está exonerado de la concurrencia a las esferas del derecho penal, pues la vigencia de la eutanasia en Colombia es incuestionable.

A. Influencia ética y jurídica

El punto de vista ético sobre la decisión en torno a la propia vida ha sido ya vislumbrado en el aparte citado de la sentencia de la Corte Constitucional. De ahí se desprende que las consideraciones “éticas” no pueden tratar un simple problema de moralidad religiosa, sino que deben fundarse en argumentos válidos sobre el comportamiento racional de los individuos, así como en la concepción de vida que se construye en el movimiento social. En el caso del suicidio asistido, estudiado por la Suprema Corte de Estados Unidos, se ha dicho lo siguiente:

Si hay una estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ningún [ente] oficial (...) puede prescribir qué es lo que debe ser ortodoxo en política, nacionalismo o religión (...) [De la misma manera], el interés de una persona de seguir sus convicciones hasta el final de su vida es una parte central de un derecho más general de “elecciones íntimas y personales” para ella misma, tanto así que una falta a la protección de ese interés particular haría indeterminable el derecho general en su conjunto” (*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 1943).²

En otras palabras, las convicciones personales no se protegen como si fueran la misma órbita de protección del individuo; se protegen por el respeto general a cualquier práctica que constituye un límite al ejercicio del poder estatal, así como se proscriben la pretensión de imponer a los demás individuos creencias no compartidas. La estructuración de un pensamiento disímil al interior de la sociedad democrática no desvirtúa el consenso intrínseco, por el contrario, al diversificarlo, lo nutre con la posibilidad de transformación dialéctica, y enriquece en la misma medida la universalidad que se predica del poder del Estado, pues es evidente que solo ante la pluralidad de pensamientos es posible la universalización. El oxímoron aparente solo resalta la contradicción presente en las relaciones sociales, instituyéndole al Estado la imperatividad de

2 Traducción libre del original en inglés: “If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official... can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein. A person’s interest in following his own convictions at the end of life is so central a part of the more general right to make “intimate and personal choices” for himself that a failure to protect that particular interest would undermine the general right altogether.”

garantizar el pluralismo en pro de la construcción mancomunada de los fines que le han sido encomendados. Todo lo anterior trae como consecuencia, para el caso concreto, que así como a nadie puede obligársele a morir, por razones más que evidentes, tampoco es posible dentro de una sociedad civilizada obligar a alguien a aferrarse a la vida.

Ahora bien, el respeto por la autonomía individual radicada en el Estado como objetivación de voluntades, en el marco de la otredad, es un problema distinto a la circunscripción perspectiva desde el individuo *per se*. Como se venía diciendo, la teleología de la protección tiene como basamento la responsabilidad del individuo, y no solo eso, sino que únicamente en la medida en la que el sujeto es responsable, es libre; y por ser libre debe responder de manera racional al comportamiento intersubjetivo. Tanto así, que ningún juicio sobre el comportamiento de la persona sería viable, en tanto en la persona misma no recaiga el ejercicio efectivo de la libertad y la responsabilidad que el ejercicio del derecho conlleva. La relación entre libertad y responsabilidad está bellamente ilustrada por Sartre (2009) en la conocida máxima “la existencia precede a la esencia” (p. 30)³, pues el hombre, al estar obligado por su propia condición de sujeto a crear-se con la arcilla siempre renovable de su existencia, es quien responde

por las elecciones que toma, no solo de manera individual en la esfera de la moral más primigenia, sino también en la esfera de la colectividad humana, como imposición de la proyección del deber-ser de todo sujeto. La elección del individuo de ser tal o cual cosa es una cuestión ética porque pone de presente la responsabilidad que recae en su única posesión incontrovertible, la de la existencia, que a su vez ejerce con plena libertad al carecer de cualquier dios y de cualquier “naturaleza humana”, así pues lo único inteligible en la responsabilidad como libertad es aquello que el individuo realiza a plena voluntad. La pregunta entonces es si un sujeto condenado a la libertad, en términos sartreanos, que responde no solo por sus acciones como individuo sino como proyecto de humanidad, actúa éticamente cuando decide morir. No debe confundirse con la pugna jurídica tradicional sobre lo particular y lo general; no se trata del derecho de un sujeto en contra del beneficio que obtiene la sociedad entera, en primer lugar porque la vida en ámbito complejo como se viene entendiendo, no es un bien de libre disposición para la comunidad, como no es tampoco una carga para el individuo que la ostenta; en segundo lugar porque la disyuntiva aquí planteada se circunscribe únicamente al plano de la ética que tendrá repercusión ulterior en lo normativo, mas no al contrario. Sartre plantea el problema entre lo individual y lo humano colectivo en estos términos: “Todo ocurre como si, para todo hombre, toda la humanidad tuviera los ojos fijos en lo que hace y se ajustara a lo que hace. Cada hombre debe decirse: ¿soy yo quien tiene derecho de obrar de tal manera que la humanidad se ajuste a mis actos?” (2009, p. 38).

3 “si Dios no existe, hay por lo menos un ser en el que la existencia precede a la esencia, un ser que existe antes de poder ser definido por ningún concepto, y que este ser es el hombre, o como dice Heidegger, la realidad humana. ¿Qué significa aquí que la existencia precede a la esencia? Significa que el hombre empieza por existir, se encuentra, surge en el mundo, y que después se define”.

La libertad de escoger la muerte es entonces una pregunta por la posibilidad de elegir en nombre de todos los seres en quienes la existencia precede a la esencia. Una decisión tal no puede ser un ejercicio irresponsable de la capacidad de elegir —y de hecho no lo es—, sobre todo puesto que quien elige la muerte como proyecto de vida, valga la paradoja, lo hace abandonado a sí mismo y desamparado por los otros en una elección que compromete la totalidad de su responsabilidad: no hay excusas, la libertad del sujeto que escoge morir se impone sobre la voluntad de todos los otros pues para él, como sujeto libre (de leyes, de dioses, de morales), todo está permitido. Para buscar una respuesta es necesario entonces trasladar el problema a la perspectiva de la colectividad, puesto que, en primer lugar, si todo está permitido en la absoluta libertad de la existencia, la libertad es lo único que no puede coartarse, y en segundo lugar, dado que el hecho de que el sujeto comprometa con su elección a toda la humanidad implica un ejercicio casi despótico de la libertad.

El que la libertad no pueda coartarse cuando el sujeto está condenado a existir, y por lo tanto a ser libre, no es un mero juego elaborado de palabras ni un capricho de construcción lógica. La libertad no puede coartarse porque aun cuando haya sometimiento del sujeto a la colectividad en cualquiera de sus manifestaciones, es la libertad del sujeto mismo la que lo permite, el sujeto se entrega a la colectividad para que decida por él. En palabras del mismo Sartre: “elegir el consejero es ya comprometerse” (p. 49). Así las cosas, el ejercicio de la libertad es absoluto, inclusive cuando el hombre se encuentra entre

la espada y la pared pues bien puede decidir huir, rogar, dialogar o bien lanzarse al punzante abrazo del hierro que lo oprime. No hay, por lo tanto, una colectividad avasallante al punto de coartar por completo la libertad, la perspectiva de la colectividad siempre está limitada por la libertad del individuo a quien pretende someter. Una aclaración: un pensamiento de libertad absoluta no busca justificar o permitir conductas indeseables, no puede decirse que un sujeto que decide quitarle la vida a otro, o torturarlo, está facultado para hacerlo por ser él constructor de su propia esencia, muy por el contrario, la capacidad de elegir, aún en los momentos más críticos, es la piedra angular de toda responsabilidad no solo ética, sino jurídica.

La otra visión que encarna problemáticamente a la humanidad en su conjunto, o a la sociedad, si se prefiere tratar en esos términos, es aquella que se basa en que, el hecho de que un sujeto se decida por la muerte puede convertirse en un ejercicio despótico de la libertad, al pretender imponer la decisión de morir sobre los demás, de acuerdo con la tesis sartreana. Nada más errado. El sujeto debe preguntarse por todos los otros sujetos, que son observadores de su conducta, pero no implica con ello que toda decisión que tome comprometa a los otros como exigencia de un comportamiento igual. No por nada se trata de la proyección del deber-ser, y es deber-ser porque todavía no es. La pretensión de totalización es ya en sí misma una coacción a la libertad, y no debe olvidarse que la colectividad está compuesta por individuos, cada uno responsable por ser libre y libre por el solo hecho de existir. El sujeto que pretenda

imponer su decisión de morir como imperativo categórico actúa en el mismo campo de acción que la colectividad cuando pretende imponerle la decisión contraria, por lo que su pretensión totalizante fenece antes de consumarse ante la libertad del otro, que debe respetar como sujeto ético y que no puede vulnerar por ser la libertad la condena del hombre que se ve avocado a elegir. Así las cosas, la proyección del deber-ser encuentra su límite en la libertad de los otros, y por mucho que un individuo pretenda proyectar su decisión de morir como la única posible, recae sobre cada sujeto en pleno uso de su libertad, el adherirse a la univocidad de criterio o discrepar. De ahí que es posible concluir que la decisión de morir es un ejercicio de libertad que (i) no puede ser aprehendido por la colectividad y (ii) no puede imponerse a los otros como imperativo de acción. Todo lo anterior, huelga decirlo, se compadece con los artículos pertinentes de la Constitución, sobre todo con los artículos 16, 18, 19 y 28, los cuales desarrollan en diferentes ámbitos el problema de la libertad, por cuanto ha sido, desde el hontanar de los tiempos, un problema capital para la regulación jurídica de los hombres y su convivencia social.

En el horizonte jurídico Ronald Dworkin (1993) ofrece una solución al problema cuando distingue entre la ética volitiva y la ética crítica. La primera recae sobre el impulso netamente subjetivo de la realización de un acto, que se presenta como “bueno” en tanto “deseable”, mientras que la ética crítica hace referencia a las expectativas que tiene la sociedad del comportamiento de los individuos que la componen. Tras hacer la diferenciación, prosigue Dworkin en la búsqueda

de un concepto de bienestar que lo lleva a plantear que dicho concepto solo es alcanzable mientras se mantengan equilibrados los intereses volitivos y los intereses críticos, dando paso al problema del equilibrio mismo que para Dworkin resulta inalcanzable. Sin embargo, un viso de resolución se evidencia cuando el autor manifiesta que la responsabilidad última de decidir la clase de vida que es “correcta” está en cabeza de cada sujeto, por lo que incluso si la persona se deja “llevar irreflexivamente por los cauces sociales existentes” (p. 109), es exclusivamente su responsabilidad el determinarse por el interés volitivo o por el interés colectivo. Sirva esta diferenciación como puente metodológico entre la elucidación ética precedente, y las consideraciones jurídicas subsecuentes. Los aportes del autor norteamericano nos vuelcan a los lineamientos del libre desarrollo de la personalidad (art. 16 constitucional) y la cláusula, ahora sí, de la primacía del interés general sobre el particular (art. 1 constitucional), siendo pues que el libre desarrollo de la personalidad encuadra la posibilidad que tiene cada persona de elaborar un proyecto de vida, el cual es de libre escogencia, si bien debe someterse a un ordenamiento social predeterminado; el trazado que de él se haga corresponde única y exclusivamente al titular del derecho a la vida, y mientras no violente los derechos y libertades de los otros, una decisión como la anterior no puede menoscabarse aduciendo el interés colectivo descrito en una norma. En concreto, es dable decir que si dentro del proyecto vital de un sujeto cualquiera está el imperioso deseo (interés volitivo) de cesar la propia existencia, no es posible que la sociedad (interés crítico) condene

tal idea de bienestar aduciendo una óptica disímil, puesto que el interés volitivo está amparado por el ordenamiento jurídico, en tanto no atente contra el interés crítico, tal y como sucede en el caso de la eutanasia.

Por otra parte, la fijación política no responde al ámbito de moralidad común, sino a los intereses que tienen los ciudadanos en la constitución de su *polis*, entendida en términos contemporáneos como sociedad. La realidad actual del país plantea un brutal enfrentamiento entre los entes institucionales y jurisdiccionales (que juegan siempre un papel político) y los actores políticos propiamente dichos, que en el patetismo de apelación al poder ponen en entredicho los derechos adquiridos de los ciudadanos, con la esperanza de modificarlos de acuerdo con lo que la generalidad considere meridianamente apropiado. No obstante y teniendo en cuenta que el ámbito político se extiende en dimensiones inabarcables, no se tratará en el curso de este ensayo.

Es necesario sí, traer a colación la regulación normativa. Como ya se ha dicho, el surgimiento ingente de la figura de la eutanasia por vía jurisprudencial hace difícil el tratamiento normativo, sin embargo es válido hacer referencia a que la no contemplación reglada de la eutanasia, entendiéndose por esto la regulación legislativa sobre la materia, hace dificultosa la labor de implementación real y material de la figura constitucionalmente interpretada.

Una dimensión normativa, con implicaciones para el estudio, es aquella en la que se exige

el cumplimiento de ciertos requisitos para que la conducta eutanásica no desemboque en una conducta punible. Los requisitos ya mencionados en su ámbito objetivo (que el sujeto activo deba ser un profesional de la medicina, la capacidad legal y mental del paciente y el consentimiento informado de este) no son reprochables, por cuanto son cargas que pretenden una regulación apropiada de un tema de tal trascendencia como es el disponer de la vida humana, más aún, cuando dichos requisitos hacen referencia a la estructura de la tipicidad objetiva en la estructura del delito, tal y como lo entiende el ordenamiento penal, al determinar claramente el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta, al igual que un requisito normativo como lo es el del consentimiento del paciente, lo que lo hace ya, por sí mismo, un caso *sui generis* en materia de tipos penales. No obstante, cuando se imponen los requisitos subjetivos (enfermedad terminal con intensos sufrimientos) se hace un juicio de exclusión a quienes no se hallan en la etapa terminal de una patología, configurando así una discriminación injusta como se verá más adelante, aún cuando la teleología del requisito es idónea en su sentido estrictamente penal, pues garantiza la exclusión del ejercicio del derecho penal a través del carácter de certeza del principio de legalidad. De esta manera, la regulación penal actual consagra además dos figuras diferentes como lo son el homicidio por piedad (CP, art. 106) y la inducción o ayuda al suicidio (CP, art. 107), que buscan punir a quienes, sin cumplir con los requisitos objetivos y subjetivos mencionados, pretenden disponer de la vida de otra persona o prestarle ayuda material para que ella misma la finiquite. En cuanto al requi-

sito de la piedad que exige el artículo 106 no hay objeción alguna para excluir, como bien lo enuncia la sentencia, el problema del homicidio eugenésico (C-239/97, p. 27).

Ahora bien, la situación de normatividad en salud en Colombia, si bien es crítica, prevé ciertas respuestas consecuentes con el padecimiento de una enfermedad, ya sea de origen común o de origen laboral, pues para ello desde la Constitución en el artículo 49 se garantiza a todas las personas el acceso a la salud, en concordancia con los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia que rigen toda la actividad de seguridad social, consagrados en el artículo 48 de la Carta. Luego entonces, si bien el plan de salud colombiano no es bajo ninguna perspectiva un retozar en los campos elíseos, sí se extiende, por lo menos, hacia la posibilidad de hacer frente a enfermedades con un alto grado de sufrimiento, ya sea desde la prevención, o desde el tratamiento paliativo contra el dolor, que brindan al paciente la posibilidad de no tener que acudir a una medida de eutanasia o de suicidio asistido. Por lo demás, estas modalidades que ofrece la medicina para apaciguar el sufrimiento de un paciente deben necesariamente agotarse para que se configure la exigencia material de sufrimiento que exige la Corte en su sentencia. Es importante mencionar, para el punto que se tratará a continuación, que de igual manera la regulación en materia de invalidez es proactiva ante la situación precaria de un trabajador que ha sufrido un grado de incapacidad tal que le imposibilita ejercer una actividad productiva, y que por lo tanto ha perdido la capacidad para generar su propio sustento, pues para ello están ins-

tituidas las pensiones de invalidez, entendiendo por inválido a quien ha sufrido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, así como un enfoque de mayor soporte económico para quienes padecen una pérdida de capacidad laboral superior al 66% y un incentivo aún mayor para quienes entran en la categoría de gran invalidez. Los requisitos para acceder a estas modalidades de pensión, como es de esperarse, son mucho más laxos en comparación con aquellos exigidos para acceder a una pensión de vejez, puesto que no sería consecuente hacer recaer una carga a quien ya soporta el peso de su propia incapacidad, y las consecuencias que esta trae para la vida cotidiana.

II. EUTANASIA Y GRAN INVALIDEZ

El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, define en su artículo 5 a quiénes se tendrán como afectados por gran invalidez:

GRAN INVALIDEZ. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, *haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.* (Itálicas añadidas).

El concepto es sumamente claro en adicionar a la exigencia de la pérdida de capacidad laboral, la necesidad de una *asistencia constante* para realizar los *actos esenciales de la existencia*. Hasta aquí nada nuevo, pero una situación tal plantea la problemática sobre si una persona que padez-

ca de una condición de gran invalidez puede solicitar la eutanasia como procedimiento médico usual en el régimen de salud colombiano.

En contraste, la Corte Constitucional es reiterativa en la exigencia de una enfermedad terminal como prerrequisito para acceder al procedimiento: “Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insostenibles, incompatibles con su idea de dignidad” (sentencia C-239/97).

Es evidente que una persona inválida no posee tal requisito. Por lo tanto, si un sujeto pasivo que requiere de ayuda permanente en su vida cotidiana, desea, como decisión libre e informada prescindir de su vida, decisión que por supuesto afecta a sus allegados, se verá en la imperiosa necesidad de aferrarse a la vida pues su imposibilidad física es tal que le es imposible efectuar un acto que inclusive llegue a afectar su integridad física. Para efectos ilustrativos, un ejemplo: supóngase que una persona por causa distinta de un accidente de trabajo ha perdido brazos y piernas. Sin entrar en materia de determinación médica sobre el grado de invalidez del sujeto, es evidente que una persona en dichas condiciones requiere efectivamente de una asistencia constante para efectuar los actos esenciales de la existencia; es manifiesto también que aún cuando la imagen presentada es trágica, no constituye por sí misma una tendencia a la muerte en un término relativamente corto y la recuperación es, pasando por alto las complica-

ciones médicas a que haya lugar, simplemente imposible. Sobra decir que en el caso hipotético las funciones cerebrales están intactas y que, por lo tanto, la capacidad jurídica del individuo no se ha visto menguada. Es evidente que una persona en dichas condiciones no puede simplemente acudir a una Empresa Prestadora de Salud (EPS) o a una Institución Prestadora de Salud (IPS), para que de acuerdo con los requisitos constitucionales se le preste el servicio de la eutanasia. Incluso si llegara a suceder un caso como el ilustrado, la EPS o la IPS se negarían con un argumento tan básico como la no presencia del procedimiento eutanásico en el POS, todo ello a causa de la refulgente ausencia del legislador en la materia. De otro lado, sería posible imaginar la objeción de conciencia de un médico al cual, al presentársele dicha hipótesis, se negase por sus creencias personales a realizar el procedimiento. En este caso preciso, debería entonces acudir a la salida que ofrece la misma Corte Constitucional en materia de aborto.⁴ Las dificultades para un paciente en tal grado de invalidez son entonces inconmensurables y se prestan de manera ideal para el más trágico de los novelistas.

Retomando el caso a analizar, la persona no puede efectuar ningún acto por sí misma, carece de medios de desplazamiento, no puede alimentarse ni saldar necesidades fisiológicas autónomamente. Ahora bien, se dirá que para ello se establece, como forma de solidaridad del Estado con sus asociados, la pensión de invalidez

4 Ver CConst., C-355/06, M. P.: J. Araújo Rentería y C. Vargas Hernández.

con todos los beneficios a que se tiene derecho, aduciendo la ventaja del concepto análogo del derecho civil del *pretium doloris*, que pretende restituir a la persona la calidad de vida de la que fue privada, en este caso, por supuesto, en cabeza no de los particulares, sino del sistema de seguridad social, pero con efectos asimilables. Si bien todos estos supuestos no son descartables, y se compadecen de manera apropiada con las cláusulas constitucionales que se han mencionado a lo largo de todo el escrito, no puede aducirse que el mero suplemento económico hace la vida de la persona más llevadera. Esto puede predicarse de cualquier clase social, pero *a fortiori* se manifiesta en gran intensidad en el caso de un hombre o mujer, que devengando el salario mínimo tuviere a su cargo, para efectos de nuevo ejemplificantes, una familia. La motivación de la existencia no puede yacer entonces en la mera necesidad del Estado de mantener a sus ciudadanos con vida,⁵ menospreciando el grado de inhumanidad y de crueldad que se estaría vertiendo en los hombros estoicos del paciente, aun cuando la carga se haga más soportable y liviana por medio del incentivo monetario. Una suposición como la anterior, con todas sus variaciones, no es ajena a las dilucidaciones de los magistrados de la Corte, pues en la aclaración de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz se lee:

Además, que no ha debido restringirse la opción legítima por la muerte, al enfermo “terminal” (restricción que no se hacía en la ponencia),

pues existen casos dramáticos de enfermos no “terminales”, como los cuadrapléjicos, v. gr., a quienes debería comprender la posibilidad de optar por una muerte digna, si juzgan abrumador su padecimiento (sentencia C-239/97).

En efecto, por la aclaración de voto se descubre el gran debate que suscitó el problema de la eutanasia al interior de la Corte Constitucional, y que inclusive una conjetura como la presentada en este ensayo fue de alguna manera tomada en cuenta para el avance en interpretación constitucional que constituiría la sentencia, aunque no fue aprobada por la mayoría de la Corte y finalmente quedó relegada a una aclaración de voto que no constituye ni *ratio decidendi* ni *obiter dictum*, y que por lo tanto no obligan en su interpretación ni a las autoridades de salud, ni a los operadores judiciales.

Si el personaje inválido del ejemplo, en pleno uso de sus facultades mentales, y en reiteradas ocasiones, solicita morir de manera digna para no tener que soportar la carga heroica de vivir, ¿le sería dable acaso a una empresa prestadora de salud, a una administradora de riesgos laborales o al Estado, negar tal posibilidad consagrada por vía constitucional, por no cumplir con un requisito de carácter subjetivo de temporalidad patológica que lo condicione a una muerte temprana? Esta pregunta es la que se pretende responder a continuación.

5 Entendiendo por necesidad del Estado, en este punto, la relación de productividad de los trabajadores como sustento económico fundamental para la actividad del mismo.

III. POSICIÓN RESPECTO DEL PROBLEMA

Los argumentos necesarios para dar respuesta a la pregunta del acápite anterior están puestos sobre la mesa. Por un lado puede predicarse sin mucha fuerza argumentativa que es deber ético o religioso de la persona conservar su vida, lo cual como se ha dicho es desde todo punto de vista irracional e inaceptable. Desde una visión cercana, podría aducirse que aferrarse a la vida es una obligación imponible a la luz de los deberes de los ciudadanos con el Estado, apreciación que adolece de los mismos vicios de la posición anterior.

Tomando una perspectiva negativa pero bien fundamentada, es posible argumentar que objetivamente la persona que padezca de una gran invalidez no concurre a los presupuestos normativos delimitados para el acceso al procedimiento de la eutanasia, porque si bien su capacidad laboral se ha visto considerablemente disminuida, esta no es causal para que el sujeto desprece el hecho de vivir. Aquí, una aclaración: en ningún momento se plantea que una persona que sufra de una gran invalidez *deba* acceder a un procedimiento eutanásico; sugerir una conducta de semejante talante traería consigo la implicación de unas políticas eugenésicas escondidas bajo un manto de altruismo, que violentarían desde todos los ángulos posibles no solo los mandatos jurídicos colombianos, sino el sentido histórico-crítico que debe adoptar la humanidad en su conjunto. La opción de la eutanasia es ante todo eso, una posibilidad dentro

de la libertad de la existencia que no puede ser coaccionada en ningún sentido, una alternativa para quien no considera que objetivamente la vida, como la mera permanencia en la conciencia del existir, sea una razón suficientemente válida para negarse la posibilidad de dar el salto hacia la muerte. Quien considere que su vida no ha perdido sentido desde ningún punto de vista, no tiene por qué ser sometido al trato inhumano por excelencia del menosprecio vital, lo mismo aplica tanto para quien efectivamente padece una enfermedad terminal como para quien, como en el ejemplo, sufre una gran invalidez. Lo anterior como una advertencia palmaria para evitar las malas interpretaciones de los puntos de vista aquí presentados, y entronizar así el verdadero sentido de esta exposición: la oportunidad de escoger el proyecto vital que tiene cada individuo, en relación con los derechos reconocidos que posee, así como las posibilidades materialmente existentes en el ámbito en el que se desenvuelve.

Adoptar indiscriminadamente las exigencias de la Corte es la decisión más sencilla a la luz de los procedimientos judiciales (en el caso de presentarse, por ejemplo, una acción de tutela al respecto), puesto que la claridad de la sentencia es irrefutable en cuanto a los requisitos que exige, y por lo tanto la sentencia del juez de tutela se transformaría en el tradicional silogismo de la lógica jurídica clásica, aplicando además el brocárdico de *dura lex sed lex*, que de acuerdo con una Constitución liberal y un Estado social y de derecho, está llamado a perecer como el modelo astronómico ptolomérico ante las avasallantes observaciones de Copérnico, Kepler y

Galileo. Un fallo que se aparte de la jurisprudencia (posibilidad siempre presente al no ser el colombiano un sistema de precedente como el propio del derecho anglosajón) adoptando el articulado constitucional no solo como la letra que da nacimiento al ordenamiento en su conjunto, sino como la posibilidad ulterior de realizar las aspiraciones del constituyente, en concordancia con la solidaridad y la dignidad de cada uno de los ciudadanos que ampara; un fallo como este, pensable a partir de la inexistencia de una norma que regule la situación jurídica concreta, bien podría ser discutido e incluso refutado, pero de ninguna manera improbadamente por incoherente a la luz de la ética, la libertad, la Constitución y la doctrina constitucional.

Retomando, la perspectiva netamente jurídica si bien puede llegar a ser un argumento sólido, no puede sostenerse ante un examen de dignidad suficiente, y mucho menos desde una interpretación teleológica de la norma, en este caso de la doctrina constitucional, ya que es evidente que la Corte ha tomado los requisitos como un criterio de limitación ante la inminente posibilidad de un abuso del derecho, ya sea por parte de particulares o de profesionales de la medicina, ya que a la limitación de conductas perjudiciales para el movimiento constante de sociedad subyace la idea germinal de la protección de la persona en el conjunto de su existencia, haciéndose extensiva hasta el hecho irreprochable de la muerte, y además suprayace la idea de libertad y dignidad que irradian toda actuación de los entes bajo la jurisdicción del Estado. Es pues bastante claro, que la posición respecto de si una persona que padezca de gran invalidez

puede o no acceder a la eutanasia es afirmativa. Y lo es no solo desde la perspectiva del pluralismo ético y del concepto de bienestar, explicados en clave de Sartre y Dworkin, sino desde una visión teleológica de la doctrina constitucional que permite la inclusión de un supuesto de hecho no tenido en cuenta de manera inicial, pero con las mismas características vocacionales de capacidad y necesidad de protección, dando lugar a una extensión en el campo de los derechos y de posibilidades, con pretensiones siempre de alcanzar un grado mayor de respeto por la libertad y de conciencia colectiva.

IV. CONCLUSIONES

1. La figura de la eutanasia tiene plena validez en el ordenamiento jurídico colombiano a luz de la Constitución, y con fundamento en la sentencia C-239/97, siempre y cuando el sujeto activo de la conducta sea un profesional de la medicina que obre a petición de un paciente, quien a su vez debe ser mayor de edad, con plena capacidad jurídica para dar su consentimiento, y que dicho consentimiento sea tanto informado como reiterado.
2. La libertad, desde una perspectiva tanto existencial como constitucional, es una prerrogativa que recae en cabeza de cada individuo, absoluta por cuanto parte de la condición misma del existir, que permite a cada persona tomar las riendas de su proyecto vital, así como terminarlo en el momento en que lo considere apropiado. Esta libertad comporta la responsabilidad del sujeto mismo, así como el debido respeto por

parte de los otros sujetos y de la colectividad del Estado. El hecho de que la opción de la eutanasia sea libre, conjura el malevolente sentido de la eugenesia, así como una aplicación totalizante de acudir a la muerte como liberación.

3. La ausencia absoluta de un pronunciamiento por parte del legislador comporta situaciones de vacío que pueden llegar a ocasionar una violación efectiva de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, y que hacen apremiante la regulación normativa específica de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, así como con un concepto de Estado basado en la libertad y la ética social. No obstante, dicho vacío normativo permite el movimiento interpretativo de los jueces a la luz de la Constitución misma.

4. La posibilidad de acceder al beneficio de la muerte digna es un imperativo que se hace extensivo a partir de la sentencia hito de la Corte Constitucional. La vinculación entre el concepto de gran invalidez y eutanasia no solo es posible a la luz de la Constitución y del Derecho, sino que es necesaria como parte del proyecto aspiracionista del constituyente, que se renueva con la participación democrática de todos los ciudadanos, pues las condiciones de vida de una persona que padece de gran invalidez se encuadran en los requisitos constitucionales de la aplicación de la eutanasia; si bien adolece del elemento terminal de la enfermedad, es innegable que el hecho de que requiera de asistencia para todas y cada una de las actividades más básicas de su cotidianidad, es un indicativo de vulneración a la integridad. En el momento en

que la sociedad obliga a tal persona a llevar heroicamente la carga que el devenir le ha impuesto, la civilización ha caído en la barbarie. Todo ello, sumado a la falta de voluntad para vivir, es más que constitutivo de un interrogante en materia de derechos fundamentales, que debe resolverse siempre atendiendo a la dignidad de un sujeto de derechos en quien el Estado no puede depositar la obligación de vivir hasta última instancia su propia tragedia.

5. De todo lo anterior se desprende que un profesional de la medicina, que opte por una interpretación *pro homine* de su deber constitucional y aplique la eutanasia a una persona en estado de gran invalidez, no debe ser tenido en cuenta como sujeto de condena penal. Lo mismo es aplicable para el juez que opte por dicha interpretación apartándose, aparentemente, de la exégesis de la jurisprudencia, para conservar la filosofía de la decisión en torno a la libertad.

Referencias

- Corte Constitucional. *Sentencia C-239/97*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>
- Corte Constitucional. *Sentencia C-355/06*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.
- Gaviria Díaz, C. (2002). *Sentencias: herejías constitucionales*. México D. F: Fondo de Cultura Económica.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (18 de abril de 1990). *Decreto 758 /90*. Bogotá: el Ministerio.

Sartre, J. (2009). *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona: Edhasa.

United States. Supreme Court. (1943). *West Virginia State Board of Education v. Barnette*. Recuperado de: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=319&page=624>