

### **Información Importante**

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Bibliotecas Bucaramanga**  
**Universidad Santo Tomás**

**La voluntad y la ponderación de derechos fundamentales en el homicidio por piedad en  
Colombia**

**Andrés Eduardo González Montero y Darlin Fabiola Santamaría Avellaneda**

**Trabajo de grado para optar el título de Abogado**

**Director**

**Hernando Reyes**

**Abogado**

**Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**División de Ciencias Humanas**

**Facultad de Derecho**

**2015**

**Dedicatoria**

A mis padres, todo es posible gracias a ellos.

Darlin Santamaría

---

Andrés González

### **Agradecimientos**

Agradecemos al profesor Dr. Hernando Reyes por su acompañamiento, correcciones y sugerencias a lo largo del desarrollo de este trabajo, igualmente a la Dra. Dennis Herreño Castellanos por su constante apoyo metodológico por medio de la Coordinación de Investigación, a nuestra alma mater, Universidad Santo Tomás por hacernos profesionales íntegros y sobre todo humanos.

## Contenido.

	Pág.
Introducción.....	12.
1. La voluntad y la ponderación de los derechos fundamentales en el homicidio por piedad en Colombia.....	14
1.1. Definición del problema.....	14
1.2. Formulación de pregunta de investigación.....	15
1.3. Justificación.....	15
1.4. Objetivos.....	18
1.4.1. Objetivo general .....	18
1.4.2. Objetivos específicos.....	18
2. Marco Referencial.....	19
2.1. Estado del Arte.....	24
2.2. Marco conceptual o referencial.....	26
3. Método.....	31
3.1. Fuentes de Información.....	31
4. Resultados.....	32
4.1 El homicidio por piedad y su naturaleza desde la literatura mediante los textos de Sándor Marai, Martha Nussbaum y La teoría de la argumentación de Chain Perelman.....	32
4.2. El aporte de la teoría de Martha Nussbaum, desde el carácter subjetivo del individuo en divorcio en buda.....	37
4.3. El homicidio por piedad desde la teoría de Chaim Perelman y la ponderación de Robert Alexy.....	42
4.4. Línea jurisprudencial del desarrollo del homicidio por piedad y el empleo de la eutanasia en Colombia.....	52
4.5. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 106 de la ley 599 de 2000, actual código penal colombiano con el fin de lograr su despenalización cuando interviene los bienes jurídicos de posible disposición de las partes.....	66

5. Conclusiones.....	88
Referencias.....	90

**Lista de figuras.**

	<i>Pág.</i>
Figura 1: Teoría del hecho punible.....	58.
Figura 2: Funciones de la Tipicidad.....	59.
Figura 3: Juicio de Tipicidad.....	61.
Figura 5: Atijurisdiccion.....	62.
Figura 6: Culpabilidad.....	63.
Figura 6: Línea Jurisprudencial del Homicidio por Piedad.....	65.

## Glosario

**Autonomía de la voluntad privada:** se entiende por autonomía privada el poder de autodeterminación de la persona; es «aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social»; y que del principio de personalidad que el Derecho Civil contempla (V). Derivan: el derecho subjetivo (V). Y la autonomía privada.

**Dignidad de la persona:** Valor espiritual y moral inherente a la persona, íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás.

**Eutanasia:** Por eutanasia, en términos genéricos, debe entenderse aquel comportamiento que, de acuerdo con el interés o voluntad de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación o no aplazamiento de la muerte del afectado. Literalmente eutanasia significa «muerte dulce».

**Eutanasia Pasiva:** Puede consistir en no iniciar o proseguir una determinada terapéutica; en no aplicar medidas excepcionales para prolongar artificialmente la vida de un enfermo; o en aplicar

un tratamiento que acorte su vida a cambio de mitigar sus dolores. En todos estos supuestos de hecho, cuando el enfermo, consciente y explícitamente lo pida y, caso de no poder aquél asumir tal decisión, cuando la decisión sea compartida entre médicos y familiares del enfermo, estaremos ante formas de ejercer el derecho a la eutanasia que difieren de la activa.

**Homicidio:** Muerte dada por una persona a otra. Penalmente, el hecho de privar de la vida a un hombre o mujer, procediendo con voluntad y malicia, sin circunstancia que excuse o legitime, y sin que constituya asesinato ni parricidio (delitos más graves) ni infanticidio ni aborto ( muertes penadas más benignamente).

**Libertad:** "Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos" (Dic Acad.). Justiniano la definía como "la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírselo la fuerza o el Derecho". Las Partidas, inspiradas en el concepto anterior, decían que libertad era "poderío que ha todo hombre naturalmente de hacer lo que quisiese, sólo que fuerza o derecho de ley o de fuero se lo embargue"

**Juicio de ponderación:** considerado como un método de interpretación constitucional dirigido hacía la resolución de los conflictos surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango y que por lo tanto, exigen ser realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas.

**Silogismo:** El silogismo es un razonamiento mediante el cual a través de dos premisas se llega a una conclusión que por lo general es verdadera, de allí que la crítica sostuviese con algo de acierto que es un razonamiento tautológico, porque si las premisas del silogismo son verdaderas es

evidente que la conclusión permanentemente será verdadera. Meisel Lanner, Roberto. El Silogismo Jurídico y la Jurisprudencia Constitucional. Revista Justicia. Universidad Simón Bolívar No. 11, 2006. Barranquilla

**Premisa:** El concepto se utiliza para nombrar al indicio, síntoma o conjetura que permite inferir algo y sacar una conclusión.

**Teoría de la argumentación:** es el estudio interdisciplinario de la forma en que se obtienen conclusiones a través de la lógica, es decir, mediante premisas. Incluye el arte y la ciencia del debate civil, el diálogo, la conversación y la persuasión. Estudia las reglas de la inferencia, la lógica y las reglas procedimentales, tanto en el mundo real como en sistemas artificiales.

### **Resumen**

El presente trabajo tuvo como propósito analizar los diferentes aspectos que influyen en la configuración de los elementos objetivos de la tipicidad en el homicidio por piedad cuando intervienen bienes jurídicos de posible disposición y sus efectos legales. Se planteó una investigación enmarcada en la Teoría de la Corte Constitucional Colombiana y la Teoría de la Argumentación Jurídica planteada por Chain Perelman empleando el método deductivo y el análisis de contenido jurídico y literario. Mediante los resultados se logró realizar la ponderación de los derechos fundamentales a la vida y la dignidad humana para posteriormente sustentar la necesidad de eliminar el tipo penal de homicidio por piedad de la normatividad colombiana.

**Palabras Clave:** Ponderación, eutanasia, argumentación, dignidad humana

### **Abstract**

This research was aimed to analyze the aspects that have influenced the configuration of the mercy killing and the legal effects of being involved with other interests. Our research is framed in the theory of the Colombian Constitutional Court and the Theory of legal arguments raised by Chain Perelman, using the deductive method and analysis of legal and literary content. In the end and by the results it was possible to make the weighting of the fundamental rights of life and human dignity, result that support the need to eliminate the crime of mercy killing of Colombian law

**Key Word-** weighting Argumentation, life, human dignity, mercy killing

## **Introducción**

En Colombia el homicidio por piedad es un tipo penal privilegiado por las características que reviste una conducta que a primera impresión es perfectamente reprochable por la sociedad a la luz de la “irrenunciabilidad” y carácter de protección absoluta que el Estado Social de Derecho atribuye a la vida. Considera la legislación penal colombiana que el homicidio por piedad es el acto de dar muerte a un enfermo incurable con el fin de terminar sus graves padecimientos motivado por piedad, sin embargo en ningún aparte del código hace referencia de una situación que con el paso de los años y la evolución cultural se hace aún más frecuente: la bienes jurídicos de posible disposición de una persona al decidir morir.

La vida como bien jurídico tutelado supone desde la perspectiva de la Constitución (vigente desde 1991) y el código penal colombiano (ley 599 de 2000) una protección absoluta por parte del estado, protección para la que en ninguna circunstancia específica o general se ha contemplado la posibilidad de renunciarla aún cuando el individuo que así lo desee esté perfectamente consciente de las consecuencias que dicha decisión acarrea.

Vivimos en una sociedad acostumbrada a ver al ser humano de manera superficial, sólo material, sólo económica, sólo científica; sin apreciar las singularidades que cada uno le otorga a su existencia y el valor que ésta les representa. La interpretación de la vida es uno de los aspectos que pretende abordarse a lo largo de este trabajo partiendo de la literatura como instrumento para el cultivo de lo humano y su directa injerencia en la formación de ciudadanos críticos y responsables.

De igual manera, el análisis del tipo penal homicidio por piedad desde la teoría de los casos difíciles y la ponderación de derechos fundamentales nos proporcionará un enfoque más racional

y menos utilitarista de los diferentes factores que intervienen en el camino a su desarrollo. La ambigüedad presente en la normal penal que directamente penaliza la eutanasia activa en Colombia pues no tiene en cuenta los casos en que se manifiestan bienes jurídicos de posible disposición del sujeto pasivo, impide a los jueces tomar decisiones realistas e imparciales que les permitan proteger los derechos que invocan los ciudadanos sin contradecir la ley plasmada en el ordenamiento jurídico.

Analizar los aspectos anteriores de manera minuciosa desde la literatura, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, sin separar unos de otros nos permitirá detallar y describir el papel que juega la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes dentro del homicidio por piedad, tema alrededor del cual gira toda la presente investigación.

## **1. La voluntad y la ponderación de derechos fundamentales en el homicidio por piedad en Colombia**

### **1.1 Definición del problema.**

Dentro del marco de la problemática del homicidio por piedad en Colombia, lo primero que es pertinente nombrar es que la ley 599 de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal Colombiano, la cual consagra en su artículo 106 el tipo destinado al homicidio por piedad, definiéndolo como: *“El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”*. Esta conducta desde la doctrina se ha designado como homicidio pietístico o eutanásico, el cual al ser motivado por razones diferentes a las económicas no puede ser sancionado conforme a los criterios establecidos para el homicidio simple o agravado.

Sin embargo, los términos empleados por el legislador al momento de denominar el tipo penal y su contenido, no incluyen el rol fundamental que desempeñan los bienes jurídicos de posible disposición y el consentimiento de las partes al momento de afectar de manera definitiva un bien jurídico y constitucionalmente protegido como es la vida, además esta situación se encuentra ceñida a diversos vacíos, confusiones o ambigüedades al momento de aplicarlo a situaciones específicas, en donde intervienen aspectos propios de la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes.

### **1.2 Formulación de pregunta de investigación.**

¿Cómo debe interpretarse el homicidio por piedad en Colombia, contenido en el Artículo 106 de código penal, cuando median los bienes jurídicos de posible disposición de las partes y se ponderan derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana?

### **1.3 Justificación.**

El homicidio por piedad es la definición que jurídicamente se ha otorgado a la Eutanasia, término proveniente del griego “eu” y “thanatos” que juntos significan buena muerte o bien morir y se interpretan como los actos u omisiones realizadas por personal médico que con el fin de evitar sufrimientos insoportables y la prolongación de una vida artificial ocasionan la muerte de manera fácil y sin dolor de un ser humano próximo a morir.

Se diferencia de la “muerte digna” y del “suicidio asistido” por cuanto la primera consiste principalmente en medidas de apoyo emocional y espiritual que hacen tolerable el sufrimiento de una persona y la segunda, hace referencia a la ayuda que presta un individuo a otro para que ponga fin su sufrimiento proporcionándole los medios para hacerlo.

La evolución de los derechos fundamentales en especial lo tendiente a la concepción de vida como derecho irrenunciable y bien jurídico de obligatoria protección por parte del estado ha suscitado dilemas de índole moral con respecto a otros como la vida digna y el ejercicio de prácticas como la Eutanasia.

No obstante y contrario a lo que se cree por la polémica generada en épocas modernas, la Eutanasia no es una práctica reciente. A través de los años, diferentes culturas han hecho uso de la misma, para destacar algunos casos está el relatado en las sagradas escrituras del pueblo Judío,

capítulo I, 9 y 10 del Libro Segundo de Samuel donde el amalecita narra a David cómo Saúl le rogó su muerte y éste accedió al saber que no podría sobrevivir después de la caída sufrida en el campamento de Israel. (Martínez Zamora, 2007)

De igual manera, en la antigua Grecia, donde no existían dilemas éticos y morales entorno a la “ayuda a morir” pues se consideraba que una mala vida no era digna de ser vivida y la administración de cicuta podía realizarse mediante la petición explícita de quien quisiera poner fin a sus sufrimientos. La historia relata que al enfermar de gravedad, el filósofo Diógenes optó por suicidarse y que Zenón de Sitio a pesar de no llegar a suicidarse, sí decidió embriagarse para no estar consciente al momento de su muerte. (Martínez Zamora, 2007)

De igual manera, en el libro III de la República, Platón escribió “Por consiguiente, establecerás en nuestra república una jurisprudencia y una medicina tales cuales acabamos de decir, que se limitarán al cuidado de los que han recibido de la naturaleza un cuerpo sano y un alma hermosa. En cuanto a aquellos cuyo cuerpo está mal constituido, se les dejará morir y se castigará con la muerte a aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible”. (Martínez Zamora, 2007)

Por su parte, en Roma se vivió una situación similar a la del pueblo Griego en torno a la cicuta, parcialmente reflejada en la autorización que otorgaba la Ley de las XII tablas al permitir a los padres el “homicidio” de los hijos nacidos con graves deformidades. (Martínez Zamora, 2007)

En las situaciones anteriores es importante hacer hincapié en la bienes jurídicos de posible disposición de las personas que solicitaron su muerte de manera consciente y decidida, sin dar cabida a una aparente conducta “homicida” por parte de quien o quienes intervinieron en la ejecución de su designio eugénico.

Nuestra propuesta de investigación nace de los interrogantes que nos generan los papeles que desempeñan la bienes jurídicos de posible disposición de quien solicita la muerte por medio de la

eutanasia junto con la intervención de otros derechos como la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad, y la autodeterminación en contraposición con la protección fundamental que el sistema legislativo ha otorgado a la VIDA al punto de ser el Estado quien en determinados casos dispone de ella.

Nuestro propósito es hallar respuesta a ¿cómo se debe interpretar la norma del artículo 106 de código penal, cuando media la bienes jurídicos de posible disposición de las partes? ; esto con el fin de entender y mejorar la utilidad de la acción penal, así como su aplicación en situaciones específicas y dado el caso demandar la modificación de la misma pues como es sabido esta rama del derecho debe ser la última instancia para solucionar conflictos de carácter legal.

Para lograr el desarrollo de los objetivos planteados haremos uso de teorías filosóficas del derecho relacionadas directamente con el tema analizado con el fin de realizar una interpretación deductiva de las mismas, yendo de premisas generales a otras más específicas, interpretación que a su vez permita plantear diferentes formas de aplicación y mejoramiento de las leyes que regulan el homicidio por piedad siempre que se pondere con todos los derechos fundamentales que intervienen en su ejecución.

Pretendemos abordar el homicidio por piedad en Colombia desde las teorías de argumentación que desde la filosofía han influido el derecho.

Los resultados de que buscamos mediante el desarrollo de la presente propuesta de investigación pretenden generar nuevas formas de analizar los problemas jurídicos actuales que le competen al tema del Homicidio por piedad, cuyos principales beneficiados sean los estudiantes que encuentren interés en el tema a tratar, para que ellos conozcan de manera resumida la evolución del concepto abordado desde la filosofía, de la mano con la evolución legal y la constitucionalización del derecho.

Por esta razón desarrollaremos el tema mediante literatura, específicamente de *Divorcio en buda* y *El último encuentro de Sándor Márai* y *El Ocultamiento de lo Humano* y *Justicia Poética* de *Martha C. Nussbaum*, como también las nociones de la corte constitucional colombiana que permiten ponderar mediante mecanismos lógicos y legales, la importancia de la decisión, la argumentación de las partes para ejercer este tipo de conducta y el sentido de imputabilidad y antijuricidad del tipo penal del homicidio por piedad.

## **1.4 Objetivos.**

### **1.4.1 Objetivo General.**

Analizar los elementos objetivos de la tipicidad en el homicidio por piedad en Colombia, en el marco de cómo interviene la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes y la forma cómo se afectan estos bienes de acuerdo a los términos legales dispuestos.

### **1.4.2 Objetivos Específicos.**

- Describir el homicidio por piedad y su naturaleza, desde la literatura mediante los textos de Sándor Márai, Martha Nussbaum y la teoría de la argumentación de Chain Perelman,
- Elaborar línea jurisprudencial a partir de las diferentes sentencias que desarrollan el homicidio por piedad y el empleo de la eutanasia en Colombia.
- Establecer y ponderar, los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana y la autonomía de los bienes jurídicos de posible disposición de las partes en el homicidio por

piEDAD, frente a la tipicidad y acción penal colombiana mediante la teoría planteada por Robert Alexy y las teorías argumentativas de Chain Perelman.

- Estructurar y proyectar demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 106 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal Colombiano con el fin de lograr su despenalización cuando intervienen bienes jurídicos de posible disposición de las partes.

## **2. Marco Referencial**

El homicidio por piedad, según sus elementos se puede definir como la acción de quien lo realiza únicamente motivado a poner fin a un intenso sufrimiento de otro. Según nuestra doctrina este se denomina homicidio eutanásico. Es por esto que quien mata a otra persona por un interés distinto al anteriormente descrito, debe ser sancionado. Es muy común que se confundan conceptos como el de homicidio eutanásico y eugenésico, debido a que el primero de estos, se ayuda a la persona a que muera dignamente, mientras que en el segundo lo que se busca es el mejoramiento de la raza humana. (Sentencia C 239-97 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

Así es como este homicidio precisa condiciones claras como que el sujeto pasivo, en este caso la persona debe estar padeciendo sufrimientos, que provengan de una seria lesión corporal o una grave enfermedad incurable, es decir no se trata de eliminar a las personas improductivas sino hacer que termine el dolor que padecen ya que no tienen ninguna esperanza de vida. La única variación de este tipo de homicidio se refleja en que el sujeto pasivo (persona con enfermedad terminal) se oponga a morir, así su salud y condiciones físicas no sean las mejores y desee seguir viviendo hasta el final.

Es así como quien mata a otro por piedad con el firme ponerle fin a intensos sufrimientos, actúa con un sentido altruista y es dicha motivación la que conlleva al legislador en su momento a crear un tipo penal el cual al momento de atribuir la pena, esta es considerablemente, menor a la que se encuentra consagrada para el homicidio simple u agravado. Podría ser esto un factor de confusión al momento de saber si esto vulnera el derecho fundamental a la vida, pues la conducta sea como sea es antijurídica ó sea es legamente prohibida, pero basándose en el aspecto subjetivo y en la bienes jurídicos de posible disposición la sanción es mucho menor, cumpliéndose de esta forma el principio de culpabilidad.

Por una parte la conducta es reprochable debido a que al momento de su materialización desconoce el bien jurídico de la vida, pero por otra parte se considera muy relevante la motivación del acto que se materializo al momento de eximir o generar una posible sanción. de ahí que es claro que se configure un homicidio atenuado, aunque no basta con que se actué de acuerdo al sentimiento de piedad, debido a que es necesario que se den los elementos objetivos exigidos por este tipo penal, es decir que el sujeto pasivo tenga inmensos sufrimientos provenientes de una lesión corporal o enfermedad incurable. No se puede hablar de homicidio piadoso cuando una persona mata a otra que no padece dichos sufrimientos e invoque este tipo penal. En este caso se constituiría homicidio simple e incluso podría hablarse de homicidio agravado, ya que la muerte es producto de un sentimiento egoísta del sujeto activo que finiquita cualquier tipo atenuación en la pena.

Ahora bien cuando se genera esta conducta, el sujeto activo no reconoce la dignidad de su víctima, mientras que en el homicidio por piedad el sujeto activo mata por sentimientos de afecto, debido a que el sujeto pasivo considera a la víctima como una persona con dignidad y derechos, pero que en ese momento se encuentra en una situación de sufrimiento excesivo y que la muerte

es el único camino para aliviarlo. Es así como aparece el principio de proporcionalidad; debido a que en un estado social de derecho como el nuestro y la pena a aplicar debe ser razonable a grado de culpabilidad que tenga el sujeto activo. Además la constitución política de Colombia se funda en respeto por la dignidad humana partiendo de está un conjunto de derechos fundamentales basados en la autonomía e identidad propia esto en concordancia con el artículo 95 de la misma el cual consagra el principio de la solidaridad, diciendo que el deber positivo de todo ciudadano debe socorrer a quien se encuentre en una situación de necesidad, con medidas humanitarias, por esto es que se reconoce el espíritu altruista y solidario del que obra movido por el impulso de terminar con el sufrimiento de otro. (Sentencia C 239-97 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

Es decir de acuerdo a *las palabras* de la Corte: *el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad.* (Sentencia C- 355 de 2006 Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería).

La constitución no solo protege la vida como un derecho, sino que la reviste como valor fundamental del ordenamiento jurídico colombiano lo cual genera intervención estatal y particular, para la protección de la misma (sentencia C 239-97 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz ) ; con la única limitante, de que el estado no puede desconocer la autonomía y la bienes jurídicos de posible disposición exclusiva de la persona afectada debido a que él mismo como titular de su derecho es el que debe decidir hasta que momento es deseable continuar con su vida en un estado de dignidad humana. Y si como bien es sabido los derechos no son absolutos, tampoco es deber del estado y los particulares garantizarlos.

De ahí que dicho deber de protección de la vida por parte del estado debe ir de la mano con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por lo anterior se debe revisar que para los casos de enfermos terminales que experimenten intensos sufrimientos y en virtud de

los informes médicos diagnostiquen que más allá de cualquier duda la muerte es inevitable y se dará en un tiempo corto, el estado debe simplemente cumplir con el derecho de información y respeto de la libertad del paciente de optar por una muerte digna. Debido a que el derecho fundamental a vivir en una forma digna debe implicar el derecho anteriormente nombrado a morir de la misma manera, pues condenar a una persona a prolongar su vida o existencia afligida por una enfermedad terminal por un tiempo corto cuando no lo desee conlleva a practicar un trato inhumano para la misma siendo esto prohibido por nuestra constitución y coartando de esta forma se dignidad y la autonomía inherente que tiene cada individuo. Es por eso que el estado no puede oponerse a la decisión individual del afectado el cual solicita lo ayuden a morir; por consiguiente si un enfermo terminal se encuentra en las condiciones antes señaladas y planteadas por el código penal colombiano y el mismo considera que su vida debe concluir, puede a través de un tercero hacer uso de su opción.

La decisión del sujeto pasivo debe ser totalmente libre, es decir sin ninguna presión externa contando con todo el material médico y debe ser manifestada por una persona con la capacidad de comprender y dimensionar la situación en que se encuentra.

Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obran. (Sentencia C 239-97 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

A continuación se presentan según la corte constitucional los Puntos esenciales de regulación legal:

1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de bienes jurídicos de posible disposición inequívoca de morir;

2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso;

3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc;

4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico

6. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones. (Sentencia C 239-97 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz)

A partir de lo anteriormente expuesto se debe resaltar que para efectos de la presente investigación lo que se busca es generar un conocimiento a partir de la idea de la bienes jurídicos de posible disposición como tal que tiene la persona en situación de enfermedad terminal o la bienes jurídicos de posible disposición de el medico que aunque el enfermo terminal cumple todos los requisitos legales, este se niega a cometer un homicidio por piedad. Se aplicara la teoría de racionalidad lógica expuesta por Chain Perelman en su libro de argumentación jurídica.

## 2.1 Estado del arte

Actualmente la eutanasia es un tema polémico y controversial, se ha convertido en el foco de discusiones morales, políticas, sociales y religiosas a lo largo y ancho de la comunidad mundial que aún no la aprueba.

Para David Hume (1711 – 1776) “Si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso, y fuese infringir el derecho divino que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla”

Al día de hoy, algunos países europeos contemplan dentro de sus ordenamientos jurídicos el derecho a “morir dignamente” mediante el procedimiento de la Eutanasia y no sin antes exigir el cumplimiento de algunos requisitos que motiven la decisión de renunciar al derecho a vivir y por ende a la protección fundamental que todo estado debe proporcionar al individuo

En el año 2001 Holanda fue el primer país del viejo continente que aprobó la eutanasia activa y directa mediante la aplicación de un medicamento que ocasionara la muerte, seguidamente en 2002 fue el turno de Bélgica donde se condiciona el procedimiento a un padecimiento incurable y al consentimiento capacitado, consciente y voluntario del paciente así como a su mayoría de edad. Más tarde, en 2008, Luxemburgo pasó a ser el tercer país europeo en aprobar la eutanasia para pacientes sin otra alternativa y exceptuando a los menores de edad.

En otros países como Suiza, la eutanasia directa o pasiva está prohibida por la ley, pero se permite el suicidio asistido, el cual puede ejemplificarse como el médico que administra una sobredosis letal de cierto medicamento a un paciente en estado terminal, siempre que sea dicho paciente quien se encargue de su consumo sin otro tipo de colaboración, de la misma manera se

presenta en Washington, Oregon y Montana en Estados Unidos. Esta situación ha sido criticada ya que desde algunos puntos de vista en completo desacuerdo, motivan el llamado “turismo de la muerte” en el mencionado país.

Sin embargo, el carácter “irrenunciable” de los derechos humanos ha venido cambiando a medida que la sociedad evoluciona y considera que ser fundamentales no los vuelve absolutos, sobre todo cuando se enfrenta el hecho de vivir con las condiciones de esa vida y la dignidad al vivirla. Países como Noruega, Dinamarca, Alemania o Austria e incluso países Latinoamericanos reconocen el derecho que tienen sus habitantes de rechazar tratamientos médicos aún cuando esto signifique su muerte, puesto que la decisión de someterse a los mismos forma parte de la esfera de la autonomía de la voluntad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales también tienen especial protección por parte del Estado y no pueden vulnerarse por decisión del mismo.

En Colombia el tema de la Eutanasia se abordó por primera vez en 1997 cuando la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C 239 de 1997 respecto de la demanda de constitucionalidad que cursaba sobre el artículo 326 del Código Penal que tipificaba el homicidio por piedad y exhortó al Congreso de la República a la regulación del procedimiento en casos específicos para los cuales estableció algunos requerimientos. Sin embargo al día de hoy, dicha regulación no se ha efectuado sin importar que las demandas amparadas en el mencionado fallo solicitan la práctica de la Eutanasia pero que a la luz de la ley penal y los ojos de médicos e intérpretes continúa siendo un delito en el territorio Colombiano.

En el año 2014 una mujer enferma de cáncer terminal murió mientras esperaba que su EPS le garantizara el derecho a morir dignamente reconocido en 1997, razón suficiente para que con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas se ordenara al Ministerio de Salud en el término de

30 días regular el protocolo a seguir por Hospitales, Clínicas, EPS, IPS y en general a todas las entidades prestadoras de salud cuando se solicite el reconocimiento del derecho que la señora denominada *Julia* en la sentencia 970 de 2014 murió esperando.

No obstante, la polémica continua presente. El desacuerdo de la comunidad religiosa, las contradicciones culturales y morales de la comunidad, la objeción de conciencia por parte de médicos tratantes y otra serie de factores sociales influyen directamente en la regulación del procedimiento sobre todo mientras éste continúe desbocando en el delito de Homicidio por Piedad aún presente en la ley penal Colombiana.

Morir dignamente no sólo puede interpretarse desde la norma jurídica o las contradicciones que pueda generar con los derechos fundamentales, el ser humano debe analizarse desde aspectos mucho más profundos no codificados por la ley. La correcta interpretación de premisas, los argumentos y el trasfondo cultural de un caso tan particularmente difícil es una de las bases en el desarrollo de éste trabajo para luego dar paso al correcto juicio de tipicidad del homicidio por piedad y la influencia de la bienes jurídicos de posible disposición dentro del mismo.

## **2.2 Marco conceptual o referencial**

- *Eutanasia*

Para Francis Bacon la eutanasia es un derecho que asiste a una persona para dar muerte a otra por motivos de piedad, cuando los dolores son insoportables y no hay esperanza de salvación.

Para Osvaldo Romo Pizarro, es la práctica que se traduce en el supuesto derecho para matar a una persona anticipándose a la llegada de la muerte a fin de suprimir su dolor, provenientes de una enfermedad o lesión incurable.

En términos de Miguel Ángel Núñez Páez citado en la sentencia T 970 de 2014: La gran mayoría de autores coinciden en señalar que la procedencia etimológica del término eutanasia es heredado de las palabras griegas “buena muerte”. En 1987, la Asociación Médica Mundial propuso que la eutanasia era el “acto deliberado de dar fin a la vida de un paciente”. Por su parte, en enero de 2002, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos sostuvo que este procedimiento consistía en la “conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico”. La Organización Mundial de la Salud la definió como “aquella acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente (Núñez Paz, Miguel Ángel. Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad. España. Editorial Tecnos, 1999.)”

- *Homicidio por piedad*

Es la acción de quien actúa motivado únicamente por poner fin al intenso sufrimiento de otra persona. Así, indicó que la doctrina ha dicho que ese tipo de actos se denominan homicidios pietísticos o eutanásicos. En consecuencia, quien prive de su vida a alguien por motivos diferentes a poner fin al sufrimiento, “como el económico, no puede ser sancionado conforme a este tipo”. Así, este delito contiene un tipo penal que “precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo, consistentes en que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, es decir, no se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza que termine su sufrimiento (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 239 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.)”

- *Dignidad Humana*

La capacidad de nacer, desarrollarse, reproducirse y morir se conoce como vida. El concepto también alude a la actividad que lleva a cabo un ser orgánico y a la existencia en un sentido amplio o general. Digno, por su parte, es aquello que dispone de dignidad: es decir, que tiene una calidad aceptable o excelencia. Lo digno, en otras palabras, es algo que se puede utilizar o consentir sin vergüenza u oprobio. La idea de vida digna se asocia a la existencia que puede llevar una persona cuando logra satisfacer sus necesidades básicas (recreación, educación, cultura, trabajo, auto-satisfacerse, auto-controlarse). Por contraposición, quien no consigue tener satisfechas estas necesidades primordiales, no puede tener una vida digna. Es importante tener en cuenta que aquello que se entiende como una vida digna varía de acuerdo a las personas y las culturas. Es habitual que la vida digna se vincule a la posibilidad de dormir bajo techo, alimentarse todos los días y tener acceso a la educación y a los servicios de salud, entre otras cuestiones consideradas imprescindibles para que un ser humano pueda subsistir y desarrollarse. Sin embargo, un individuo puede ser millonario y tener resueltas todas sus necesidades materiales pero, a su vez, no tener una vida digna, ya que basó su fortuna en actividades criminales.

- *Autonomía*

Autonomía (del griego auto, "uno mismo", y nomos, "norma") es un concepto moderno, procedente de la filosofía y, más recientemente, de la psicología, que, en términos generales, expresa la capacidad para darse reglas a uno mismo o tomar decisiones sin intervención ni influencia externa. Se opone a heteronomía. La autonomía en el ámbito filosófico se integra entre las disciplinas que estudian la conducta humana (ética), mientras que en el ámbito de la psicología cobra especial importancia en el estudio de la psicología evolutiva. La autonomía encarna el problema de cómo se comporta el hombre ante sí mismo y la sociedad. Se ha estudiado tradicionalmente en Filosofía bajo el binomio libertad-responsabilidad, de manera que su opuesto

sería el binomio determinismo-irresponsabilidad. Los análisis sobre la libertad (o libre albedrío, como se denomina dentro de la tradición cristiana) recorren la Historia de la Filosofía desde sus inicios, y cobran especial importancia a partir de la introducción de la noción de pecado durante la expansión del Cristianismo. Eso explica que la cuestión de la libertad no haya sido analizada con la misma abundancia durante la antigüedad que durante las épocas posteriores.

- *Igualdad*

La igualdad es la correspondencia y proporción resultante de muchas partes que componen un todo uniforme. El término permite nombrar a la conformidad de algo con otra cosa en su forma, cantidad, calidad o naturaleza. Se conoce como igualdad social al contexto o situación donde las personas tienen los mismos derechos y las mismas oportunidades en un determinado aspecto o a nivel general. La igualdad de sexo o igualdad de género hace referencia a estandarizar las oportunidades existentes de modo tal que puedan repartirse de manera justa entre hombres y mujeres. La igualdad de oportunidades establece lo que dentro de una sociedad se considera un sistema justo, el cual debe permitir que todos los individuos tienen que tener los mismos derechos políticos y civiles. Pero no sólo eso, además todos tienen que contar con idénticas posibilidades para poder acceder a lo que sería el bienestar social y la justicia.

- *Libertad*

La libertad es un concepto abstracto de difícil definición; en principio, está vinculada a la facultad que posee todo ser vivo para llevar a cabo una acción de acuerdo a su propia voluntad, elegir y decidir. A partir del siglo XVIII, la libertad comenzó a unirse a otras facultades o virtudes, como la justicia y la igualdad. Este cambio social fue acompañado por el desarrollo de nuevas formas de organización de la sociedad y el surgimiento de regímenes políticos hasta entonces inéditos. Un ser libre no está atado a la voluntad de otros de forma coercitiva. La libertad garantiza el respeto

por la voluntad individual e implica que cada uno debe hacerse responsable de sus actos y las consecuencias de éstos. Se conoce como libertinaje a la libertad absoluta, lo cual lleva inevitablemente al descontrol social. Por ejemplo: una persona puede hacer uso de su libertad para crear un negocio y obtener, a través de la actividad comercial, los recursos que le permitan subsistir. Esa libertad, sin embargo, está limitada por la Ley, que le prohíbe vender productos que no cumplan una serie de requisitos y que lo obliga a pagar impuestos. Estas imposiciones, sobre la aclaración, exceden la voluntad del sujeto; sin embargo, dada la forma en la que los seres humanos organizamos nuestra vida, no atentan contra su libertad. Esto deja en evidencia una cuestión muy particular: no existe la libertad absoluta. Al respecto, existen diversas posturas, pero ninguna que asegure la posibilidad de mantener vigentes nuestros principios morales y éticos al mismo tiempo que rompamos con nuestras barreras invisibles y actuemos con total soltura a cada paso. La libertad individual, por otra parte, debe ser protegida por el Estado. Ninguna persona puede coartar la libertad del prójimo; de lo contrario, las autoridades competentes deben actuar para castigar al responsable.

- *Enfermedad grave*

Para el *Diccionario Médico Teide* una enfermedad se le llama al conjunto de alteraciones morfológico estructurales que se producen en organismo como consecuencia de un agente morbígeno interno o externo, contra el cual el organismo no tiene la capacidad de oponerse o no consigue enfrentarlo con la suficiente fuerza.

### 3. Método

En Nuestra investigación se utilizará el manejo de la *Teoría de la Corte Constitucional colombiana* y la *teoría de la argumentación jurídica planteada por Chain Perelman*, la cual nos ayudara a comprender de un modo más acertado cual es la bienes jurídicos de posible disposición aplicable al momento de tratarse el homicidio por piedad y cuáles son los argumentos jurídicos que expone nuestro ordenamiento legislativo para sancionar o castigar a la persona que por acción u omisión ponga fin al sufrimiento excesivo de un enfermo terminal, considerando que existe una violación a la dignidad humana. Lo anterior se complementará con el estudio de diferentes jurisprudencias, las normas penales aplicables al caso en concreto y doctrina relacionada con el Homicidio por piedad.

El método a emplear será de metodología deductiva, partiendo del concepto de derecho fundamental y entender su comportamiento al ponderarse con otros de similar protección que pueden verse enfrentados en el caso del homicidio por piedad o aplicación de la eutanasia como sucede con la vida, la dignidad humana y la autodeterminación. El estudio se hará con base en la recolección de información, datos de tipo descriptivo y observaciones tendientes a solucionar las dudas planteadas en la formulación del problema, por cuanto en enfoque será cualitativo.

#### 3.1 Fuentes de información

**3.1.1 Fuentes primarias:** Dentro las fuentes primarias, se cuenta con la participación, asesoría y colaboración directa del Doctor Hernando Reyes Vesga, director de la presente propuesta, abogado penalista y docente de tiempo completo, así como de los docentes miembros del módulo de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás, quienes desarrollan

actividades tendientes a la investigación de la protección de derechos fundamentales, investigación e interpretación de dilemas ético-jurídicos presentes en el ámbito del derecho penal.

**3.1.2 Fuentes secundarias:** Las fuentes secundarias serán conformadas por la información recopilada y transcrita por los autores de la presente investigación, extraída de libros, jurisprudencia constitucional, normatividad nacional y extranjera relativa al tema a desarrollar, artículos de revistas jurídicas, tesis de pre grado universitario y tesis para optar por el título de Doctor en derecho, directamente relacionados con el homicidio por piedad, su evolución y características.

## **4. Resultados**

### **4.1 El homicidio por piedad y su naturaleza desde la literatura mediante los textos de Sándor Marai, Martha Nussbaum y La teoría de la argumentación de Chain Perelman.**

La literatura, la filosofía y el derecho, desde la antigüedad, han tenido un papel de gran importancia en el ser humano, en tanto que, una de sus principales funciones es reflexionar acerca de las acciones humanas, el comportamiento de los individuos, su carácter, sus emociones y, por tanto, la moral y la ética de los mismos.

Sin embargo, es importante resaltar que, aunque tanto la literatura como la filosofía pueden generar aportes significativos en la vida del ser humano, la primera tiene un acercamiento especial y un aporte de gran valor en las personas puesto que al contrario de la filosofía, su estilo es menos formal, más entendible y por lo tanto más accesible a los individuos, relatando asuntos cercanos al hombre y evidenciando situaciones verosímiles encarnadas por él.

El propósito de ésta disertación es referenciar tanto los aspectos desarrollados en la obra *Justicia Poética* de la escritora Estadounidense Martha Nussbaum, quien aborda desde el texto literario, el papel del ser humano y su incursión en las decisiones en asuntos de la vida pública como también los abordados en *El último encuentro* escrita por el húngaro Sándor Márai al momento de ilustrar desde su novela diferentes posturas de vida que permiten al lector identificar e imaginar al ser humano como un individuo único regido por el dictado de su propia voluntad. Márai y Nussbaum a partir de su literatura revelan la importancia de concebir a cada persona en su individualidad y los perjuicios que causa su desconocimiento tanto para sí misma como para la sociedad.

Antes de abordar el tema de interés de esta reflexión, es importante destacar como “determinadas verdades sobre la vida humana sólo pueden exponerse apropiada y precisamente en el lenguaje y las formas” del arte narrativo, en tanto que, éste trae consigo un conjunto de posturas que coexisten en el ser humano y determinan su vida. Lo anterior obedece al carácter no formal de la literatura, al uso de expresiones que ilustran las diversas situaciones que pueden resultar afines para las personas de manera cotidiana y que por ello despliega con fuerza su influencia en el ser humano. Uno de los principales aspectos que origina la cercanía de la literatura con el ser humano es el rico lenguaje por medio del cual puede expresar un sinnúmero de emociones, pensamientos y sentimientos que además de garantizar por así decirlo una mejor comprensión de la temática planteada por el escritor también cuestiona las elecciones y decisiones de los individuos en esas posibles situaciones que llegan a trascender de la imaginación a la realidad.

En *Justicia Poética*, Martha Nussbaum critica duramente la manera en que se ha ido desmeritando la función de la literatura en la sociedad, en cómo se ha restado valor a los contenidos de las piezas literarias al punto de considerarlos subversivos e inoficiosos puesto que muchos han considerado que no aporta nada certero a la vida de las personas y que no genera una visión

concreta de la realidad pues sus contenido no va más allá de la fantasía. Justicia poética desvirtúa ésta posición al tratar de convencer al lector de la gran contribución que hace la literatura y más concretamente la novela para generar una visión de vida a las personas con base en los argumentos contenidos en los párrafos siguientes.

La novela expresa por medio de su estilo y particular uso del lenguaje, una visión de mundo que puede resultar incompatible con lo que actualmente es considerado “políticamente correcto” en la sociedad, juega con la imaginación, con los deseos y los sentimientos del lector, lo cual resulta semejante a las formas de comportamiento real de las personas y le acerca aún más. Sus personajes retratan modos de vida, de vivir, comportamientos, actitudes y maneras de proceder en diferentes situaciones que originan experiencias; al sumarlas y analizarlas originan un cúmulo de posibilidades no muy alejadas de la realidad que reflejan puntos de vista amplios y consientes que pueden construir opiniones y variaciones en el carácter individual de cada una de las personas.

Una de las ventajas de la novela y probablemente de sus rasgos característicos es la posibilidad que de identificarse con personajes que le resultan semejantes para quienes los leen, ya sea por su comportamiento o por el contexto en que se desenvuelve, es posible que a raíz de la conexión originada se desencadenen emociones, se adopten posturas frente a diferentes temas o se refuercen las convicciones que ya se tenían. Es posible incluso adquirir rasgos particulares no sólo de personalidad sino también del aspecto físico de dichos personajes, reacciones que se desarrollan en cada persona de manera diferente y que consolidan tanto la importancia de reconocer su individualidad como la influencia de la literatura su diario vivir.

La particular situación descrita anteriormente es mucho más fácil comprenderla a partir de los dos personajes principales de *El Último Encuentro*, donde Sándor Márai describe constantemente y de manera detallada sus aspectos físicos y personales, además relata cuidadosamente sus

experiencias, sus posturas frente a la vida, su carácter, sus costumbres, tradiciones y por menores del carácter entre otros. Henrik y Konrád, un par de amigos de infancia, que se reencuentran luego de cuarenta y un años, son narrados como dos personajes totalmente diferentes no sólo en su forma de ver las cosas sino en sus acciones, por ejemplo: su amistad, dice la obra, “era tan seria y tan callada como cualquier sentimiento importante que dura toda una vida” (*El Último Encuentro – Sándor Márai*) y pese a ello cada uno respondía de manera diferente respecto al otro, mientras Henrik se muestra como una persona abierta y generosa, Konrád es más callado y retraído.

Su comportamiento y actitud obedece a las experiencias particulares de cada uno, pues mientras Henrik vivía en plenitud al provenir de una familia adinerada, estar acostumbrado al reconocimiento, a la vida en sociedad y a disfrutar de su vocación en su carrera militar, Konrád a pesar de tener buena familia pasaba dificultades para cubrir los gastos de su educación y no deseaba la vida de carrera que ellos querían para él, forjándole un carácter más reprimido. Desde esta perspectiva, *El Último Encuentro* trae a la luz una situación en la que se puede observar la influencia y el papel del contexto familiar y social en las acciones y decisiones de cada persona, pues, en el caso particular de Konrád, sus padres fueron quienes decidieron la carrera que él debía ejercer, a pesar de nunca manifestar mayor agrado por esa vida.

Pareciera que lo anterior refleja el dominio que tienen los prejuicios familiares y sociales en la vida de cada persona, pues se relata como Konrád desde muy temprana edad poseía una personalidad artística y nunca se sintió plenamente identificado con el contexto en el que se veía obligado a desenvolverse. Sus padres decidieron que lo mejor para él era dedicarse a la carrera militar que le permitiera mejorar su situación económica y adquirir un rango social más alto, por esta razón pasaron grandes sacrificios para cubrir los gastos de sus estudios y de la vida que eligieron que Konrád llevara, así podrían garantizar no sólo el futuro de su hijo sino el suyo propio.

El ideal de vida que Konrád se vio obligado a adoptar nace de un contexto social en el primaban intereses particulares ajenos a los suyos, en la época se consideraba como vía más factible para el desarrollo económico y social de las personas la vida militar y ello se fundaba en las ideas impuestas por los modelos políticos de aquel entonces. Sin embargo no sólo se trataba de una meta que obedeciera meramente al dinero o al status social pues existían prejuicios sobre la vida artística, no era considerada productiva y mucho menos valiosa para la sociedad, los artistas era echados de menos por no producir gran progreso económico y por ello sólo algunos salían a la luz, pues su negocio era subestimado.

De esta manera, la realización de Konrád fue limitada por su familia y cohibida por la sociedad, su personalidad fue resultado del sometimiento a las condiciones restrictivas, los prejuicios, preferencias y restricciones que vivió en contra de su voluntad y de la falta de iniciativa y de valor para tomar sus propias decisiones. Su familia y el entorno que los envolvía impusieron sus intereses y deseos por encima de la vocación que él nunca hizo respetar quizás por el amor y el respeto que tenía hacia sus padres o quizás sólo por no ir en contra de lo que era aceptado por la comunidad.

De cualquier forma, Konrád no se realizó a plenitud, ni profesionalmente ni personalmente, por la privación que sufrió en su vida profesional no soporto el peso de una vida que no deseaba. Creció como un hombre inseguro, incapaz de tomar decisiones y de elegir, lo cual se vio reflejado en sus relaciones interpersonales.

En esta instancia, es posible determinar cómo afecta el contexto familiar y social en el desarrollo individual de las personas, pues por los prejuicios y los intereses económicos, la familia y la sociedad pueden cohibir el libre desarrollo de la personalidad y ello trae como resultado una sociedad inconforme, en la que las personas no van a ser felices ni van a realizarse completamente. *El Último Encuentro* da muestra de la importancia del desarrollo individual de las personas que

constituyen la sociedad, pues mientras se traten de imponer estándares económicos y modelos de comportamientos se producirá una sociedad incapaz de realizarse en ningún campo de la vida, personas infelices, reprimidas, que no podrán construirse profesional ni personalmente. Con todo y lo anterior, es posible identificar que una sociedad constituida por personas como Konrad, seguramente será decadente y enferma, no evolucionará, puesto que la evolución y realización de las sociedades depende de los individuos que la conforman.

Para concluir, es importante ilustrar que la novela ayuda a concebir al hombre de manera más humana, no visto como un elemento más del sistema, como sucede en algunos modelos económicos y políticos que pretenden hacer de las personas unos meros objetos con los cuales se pueden sacar ciertos beneficios económicos, laborales, políticos, entre otros. Además, cabe señalar cómo la novela hace que las personas conciben, como afirma Nussbaum, que “cada vida interior se presenta con hondura psicológica y complejidad. Vemos seres humanos que comparten problemas y esperanzas aunque cada cual los enfrenta a su manera, en su circunstancia concreta y con los recursos de su propia historia” y ello es lo que los hace humanos y no simples máquinas o autómatas con cierta utilidad para el entorno en el que se encuentran.

#### **4.2 El aporte de la teoría de Martha Nussbaum, desde el carácter subjetivo del individuo en divorcio en buda**

Desde el pensamiento reflejado en sus obras por la filósofa estadounidense Martha Nussbaum, la literatura juega un papel de gran importancia en la vida del ser humano pues a pesar de su carácter no formal incursiona en todos los asuntos referidos a las acciones, comportamiento, carácter y emociones de los individuos, generando aportes acercamientos significativos por medio de la incursión psicológica de sus personajes. En la literatura se pueden ver representados

individuos cargados de subjetividad con capacidad de elección, que toman decisiones, que además determinan sus juicios no sólo por la razón sino, también, por sus emociones y su singularidad. Situación a partir de la cual se hace posible encontrar de manera ilustrada clara y detallada la particularidad de la condición humana.

En los párrafos posteriores se hará uso de lo expuesto por Nussbaum en *Justicia poética* respecto a la influencia de la novela en las emociones y sentimientos de cada persona; así como la relevancia de la subjetividad en el momento de la toma de decisiones y de la libertad de elección de cada individuo, más aún considerando que cada elección y decisión de éste va a influir directamente en su vida pública. Para ejemplificar cada uno de estos aspectos, es pertinente usar como referente literario la novela *Divorcio en Buda*, escrita por el novelista Húngaro Sándor Márai, que ahonda significativamente en la psicología de sus personajes permitiendo identificar cómo intervienen las emociones y lo subjetivo en el caso particular del juez.

De los aspectos desarrolladas, es importante destacar lo siguiente: la novela constituye un género narrativo fuertemente marcado por la complejidad a la que están sometidos cada uno de los personajes contenidos en ella, debido a las formas de este arte es posible identificar aspectos que sólo son evidentes mediante el lenguaje narrativo de la misma y que de otra forma no se podrían identificar. La razón no es otra que la riqueza del lenguaje y la flexibilidad de la forma con que se manifiesta la novela, en ella se pueden destacar de manera más precisa aspectos relacionados con el ámbito de las emociones y el pensamiento del ser humano; además, permite una aproximación más concreta y verosímil con la cotidianidad y realidad de los individuos y de las sociedades, no muestra al hombre como un elemento más de un conjunto de sistemas impuestos, sino que lo expone como un individuo dotado de subjetividad y que, por ende, sus acciones y decisiones son del mismo carácter.

Ahora bien, Martha Nussbaum enfatiza que “la literatura está asociada con las emociones, en la novela se ilustran personajes que se encuentran en situaciones muy similares a las acaecidas por el ser humano real, que actúan y se desenvuelven de acuerdo a sus convicciones personales, su carácter, sus emociones y sus pensamientos. Esta verosimilitud crea un vínculo entre el lector y los personajes de la novela, de tal manera que el primero puede identificarse fácilmente con las situaciones vividas por el personaje dramático y además dicha relación también ejerce gran influencia en la toma de decisiones. Así, es posible deducir que de la misma forma como la novela influye en lo subjetivo de las personas, también tiene gran relevancia en las acciones concretas y más objetivas del mismo, ya que dichos asuntos están sujetos directamente a sus emociones.

Veamos ahora, por qué la novela al incursionar en lo subjetivo de las personas está directamente generando aportes en la vida objetiva de las mismas. Cada uno de los razonamientos concretos de las personas además de depender de sus conocimientos formales y del ejercicio de su razón, también están determinados por su estructura interna, sus emociones y sus afectos; asimismo, la capacidad crítica también está sujeta al carácter emotivo de ellos, ya que las personas no sólo reciben información y las someten a juicios racionales y objetivos, sino que también generan posturas frente a los mismos, dependiendo de la afectación y la afinidad que posean en él. A este respecto, es importante destacar que, además, las emociones pueden ser apreciadas no sólo de forma particular, por medio de la valoración y fuerza que puedan tener los individuos y las sociedad frente a ellas, sino que también pueden ser evaluadas si son “más o menos razonables”, esto es, si desde el punto de vista jurídico se acerca más al patrón de “hombre razonable” que se ha establecido, lo cual trae a colación nociones como: la pertinencia y la razonabilidad como se deben tratar las emociones, así como los beneficios y los perjuicios que traen consigo.

Así por ejemplo, en *Divorcio en Buda* el personaje central de la pieza literaria, Kristóf Kömives, un joven y prestigioso juez, es presentado desde su interioridad, un hombre sereno, decente, recto, proveniente de una buena familia y tan prolijo en su vida pública como en la privada; sin embargo, presentaba una gran problemática familiar, pues el abandono de su madre, la relación austera, tosca y la poca interacción con su padre y sus hermanos son quizás algunos de los aspectos que le hacían vivir un poco ensimismado y con una permanente angustia en relación a todo lo que le rodeaba. No obstante, algo inesperado sucede a partir de la visita de un viejo conocido, el doctor Irme Greiner, un acreditado médico proveniente de una familia modesta que logró ascender socialmente, y es esta situación la que produce una serie de acontecimientos en los cuales el juez se ve involucrado, no sólo como oyente sino como participe indirecto de muchos de los sucesos, Kristóf en la obra asume un doble papel, es a la vez acusado y testigo de la confesión de Greiner.

La situación en la que se ven involucrados Kömives y Greiner es muy particular, ya que el doctor llega a casa de Kristóf para que éste le sirva de juez y espectador y ello trae consigo una reacción frente a su papel como juez. Kristóf Kömives siempre había tenido una actitud íntegra y bastante definida, lo cual se debía a su tradición familiar, ya que “descendía de una antigua y renombrada familia de jueces”, los hombres de su familia tenían una intachable tradición de siete generaciones de labor por la justicia, y compartían un sentido de la objetividad bastante definido, razón por la que no se podía esperar otra cosa de él que continuar con este legado, pues “todos poseían una vocación profunda y misteriosa por el derecho, la justicia y la ley”. Su familia se había caracterizado por una manera imparcial de impartir justicia, por su forma de dominar, por una actitud recta de orden y objetividad; y ello había caracterizado a Kristóf en su vida laboral y, en gran medida, en su vida privada, “era siempre formal y distante, tenían una actitud inalterable e inflexible (Nieto, 2010)”

Desde el comienzo, la visita inesperada es un hecho que altera a Kristóf, pues no es nada convencional que alguien irrumpa la tranquilidad de su hogar a la media noche, sin embargo la actitud sombría y débil de Greiner hace que no se sienta amenazado, por el contrario se siente intrigado por conocer la causa que lo llevo hasta allí. De inmediato Kristóf se empieza a sentir en medio de un juicio, escucha atentamente las palabras del acusado que acaba de confesarle que “ha matado a su esposa”; sin embargo ese instante evoca una situación en la que el juez no puede emitir juicio alguno, pues la circunstancia que ante él se manifiesta no está dentro de lo que está facultado para ejercer, es un caso penal y él es juez de familia, además la hora no es la adecuada para realizar ningún juicio y él mismo empieza a ser partícipe del relato de Irme Greiner. Él sólo puede escuchar como un ser humano que atiende a otro semejante a él con quien puede identificarse, escucha como quien tiene un compromiso con los demás, como quien está obligado a servir a los otros.

La contribución de un juez está determinada por su capacidad de impartir justicia por medio de la aplicación de ciertos principios legales, pero que deben aplicarse a situaciones encarnadas por seres humanos. Es por esta razón, que el juez no sólo debe ceñirse a los preceptos judiciales establecidos, sino que debe atender a la singularidad de cada individuo y en este respecto es posible identificar la estrecha relación y la importancia del artista literario en su formación como juez, en tanto que, desde el pensamiento de Martha Nussbaum, el juez debe ser quien atienda la complejidad humana y que imparta en sus decisiones principios de equidad y de justicia. “El juez de la vida real también requiere de otras aptitudes y conocimientos” que van más allá del conocimiento institucional y de lo ya establecido, debe ser consciente de la singularidad de cada persona que es caracterizada fuertemente por sus emociones y su subjetividad.

Es quizás por esta razón que Irme Greiner busca a Kristóf justamente en esa hora y en esa determinada situación, pues Greiner necesitaba un juez, pero no uno cualquiera, necesitaba uno

que pudiera ser imparcial y que juzgara de forma diferente a quienes lo hacían durante el día, necesitaba “un juez que tome parte en el juicio, que no sólo juzgue desde arriba, desde la altura de las leyes”, sino que juzgue desde la particularidad del individuo, que tome en consideración todo aquello que lo hace humano.

Con todo y lo anterior, es importante destacar que la novela contribuye a la formación del juez, en la medida en que ayuda a generar una visión más amplia y completa del ser humano, lo ve en su carácter subjetivo, un hombre con emociones y sentimientos que no sólo debe ser regido por un conjunto de normas formales, sino que debe verse desde las características que lo hacen particular. El ser humano es en la medida en que interactúa moral y políticamente en la vida pública y es precisamente en ello que contribuye la novela, dado que ella ayuda a formar al ser humano y a comprenderlo desde los móviles y motivos que traen consigo cada una de sus actuaciones. La novela ayuda a discernir que el hombre además de ser un sujeto racional que piensa de forma objetiva y formal, también es un hombre subjetivo, en el que sus actos están determinados por las emociones y los sentimientos. Y es desde esta perspectiva que radica la importancia de la formación de los jueces y de todos los individuos desde la literatura, la sociedad necesita del artista literario, del poeta y de la novela para que el ser humano pueda ser concebido de manera completa: un ser racional y subjetivo.

#### **4.3 El homicidio por piedad desde la teoría de Chaïm Perelman y la ponderación de Robert Alexy.**

Generalmente los casos difíciles en lo que respecta al homicidio por piedad, podrían fundamentarse en tres grandes teorías, la de colisión de principios de Dworkin, la de ponderación jurídica de Robert Alexy o la teoría de la discreción de Hart, sin embargo, luego de estudiar los

propuesto por estos autores con respecto a los casos difíciles, se analizará la situación desde la perspectiva de Chaïm Perelman.

Es habitual que los jueces basen sus fallos en un simple silogismo jurídico, el cual se presenta como la relación de una premisa mayor y una premisa menor para darle validez al mismo. Constantemente el cuestionamiento es si la premisa menor es una instancia de la premisa mayor, entonces nace el primer problema semántico de la decisión judicial, lo cual deriva en la necesidad de demostrar que los términos que contiene la premisa menor no hacen parte o no son una instancia de la premisa mayor. Lo anterior puede desarrollarse de dos maneras siendo la primera pensar que la aplicación de la conclusión del silogismo jurídico en la decisión judicial daría como resultado un caso normal y dicha conclusión sería la correcta. Pero si por el contrario nos centramos en decisiones difíciles tales como la constitución de un homicidio por piedad en el cual se presenta un choque de interés y derechos fundamentales que no pueden verse menoscabados, podemos darnos cuenta que en realidad ahí es donde se encuentra el problema ya que la decisión que se tome girará en torno a la persona afectada como tal por la misma, el juez y hasta los mismos abogados. Un caso difícil pasa a ser sencillo cuando el problema semántico está mal planteado y se toma en cuenta esta consideración. En este orden de ideas, se estaría realizando la determinación del sentido de la ley en general, es decir la verificación de la premisa mayor únicamente, haciendo a un lado la premisa menor, convirtiéndola en un hecho o una instancia de la premisa mayor, en consecuencia la argumentación jurídica pierde todo su valor como herramienta de interpretación y análisis en las decisiones judiciales.

Con estas interpretaciones se está dando a entender que dentro de los fallos en casos difíciles únicamente se realizan mediante una interpretación netamente exegética, sesgada a lo que dice la

norma y que confrontada con la realidad o el contexto de cada caso particular daría lugar a la comisión de injusticias.

Para apoyar la teoría precedente, es prudente citar a Ronald Dworkin al momento en que este realiza una síntesis de lo que para él sería la solución más factible a este caso difícil. Ronald, inicia criticando la labor de los jueces desde el punto de vista del positivismo en estricto sentido, además dice que cuando estos se encuentran en casos donde no hay certeza ya sea porque no existe una norma claramente que se pueda aplicar o si en dado caso la norma a aplicar da como conclusión una decisión totalmente distinta a la buscada; el juez debe sea como sea dar solución a favor de alguna de las partes. Es en estos casos que los jueces deben hacer y basar sus decisiones en los principios, para que no exista ningún tipo de discrecionalidad o preferencia por alguna de las partes al momento de la toma de decisiones.

De esta forma Dworkin da solución a los llamados casos difíciles. Aquí es donde se podrían unir la teoría planteada y la que venimos manejando como ideal, es decir la de Perelman, para seguidamente unir las con la propuesta de Robert Alexy, quien analiza la interpretación del derecho desde la Idea Kantiana de la aplicación de la razón práctica en el uso de los argumentos, teniendo en cuenta las reglas de la razón, las cuales se centran en uso racional del discurso. De tal manera que si un Todo hablante que aplique un predicado **P** a un objeto **A**, debe estar dispuesto a aplicar **P** también a cualquier otro objeto igual a **A**, por ejemplo el derecho a la vida encierra derechos fundamentales como la salud, la autonomía y la libertad (por nombrar algunos) y por ende si yo pondero el derecho a la salud frente al derecho de dignidad humana se tendrá que tener en cuenta lo circundante al derecho a la vida, para que de esta forma en los casos específicos de ponderación no se limite el uso de la racionalidad práctica y se tengan en cuenta los juicios de valor de cada

principio o derecho fundamental, lo cual a su vez permitirá hacer un análisis parcializado del asunto en cuestión.

De esta manera, para entender cómo se debe hacer una análisis de ponderación de derechos fundamentales, Alexy recomienda en su obra utilizar herramientas retóricas como las establecidas por Chain Perelam y el análisis de los casos difíciles planteado por Hart, para de esta forma, darle un procedimiento de practicidad y congruencia a los argumentos utilizados para ponderar o no un principio o derecho fundamental.

Conforme a lo anterior, Alexy afirma que el problema del conflicto entre reglas puede solucionarse por medio de reglas tales como "lex posterior derogat legi priori" y "lex specialis derogat legi generalis", que en palabras más sencillas refieren a que: la ley posterior deroga la ley anterior y, la ley especial deroga la ley general, respectivamente; por lo cual es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto o conforme a las condiciones específicas que protegen dichas las leyes o normas enfrentadas (Alexy,1993,p. 70). Es así que partir de la importancia de una norma sobre otra se refiere a la jerarquía formal entre las normas contrapuestas, sin embargo es claro que Alexy no lo menciona de tal modo, sino que habla de "importancia" en lugar de jerarquía.

No obstante, Alexy indica a su vez que "lo fundamental es que la decisión versa sobre la validez (Alexy,1993, p. 70)", de manera que la decisión esté limitada al criterio de validez que se use en el caso específico sobre el cual se aplica una norma, y que así se tenga en consideración, ya sea el criterio cronológico, el de jerarquía o el criterio de especialidad, lo que impere en el momento de validar la jerarquía formal de la norma sea alcance regulativo de la misma. Además este alcance regulativo debe tener en consideración cuándo la decisión del juez recae sobre la ponderación de reglas de idéntico grado de jerarquía y de igual alcance, pues en este caso específico no se debe

asumir la invalidez de una de ellas, sino decidir cuál de ellas se aplica al caso concreto. Ya que, la validez de las normas más que se una cuestión de interpretación momentánea, depende de factores que deben ser establecidos previamente.

Ahora bien, si pensamos en términos del juicio de validez, es claro que la regla válida prima sobre la inválida, y es precisamente en términos de validez, una norma es válida siempre que no exista una regla o disposición que genere que la regla pierda dicha validez. Además si “comparamos principios de diferente jerarquía como por ejemplo: preferencia del principio constitucional sobre el principio legal de contenido opuesto; o preferencia del principio posterior sobre el principio anterior de contenido opuesto. Entre una norma legal que diga “Los ciudadanos no tienen derecho a la libertad de expresión” y una norma constitucional que diga “Los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión”, prevalece por razón de jerarquía (y, consiguientemente, de validez), la segunda. Entre una norma constitucional anterior que diga “Los ciudadanos no tienen derecho a la libertad de expresión” y una norma constitucional posterior (por ejemplo, resultante de una reforma de esa Constitución) que disponga que “Los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión”, tiene preferencia, por razón de validez, la segunda. (Alexy, 1993, p.85, 86)”

Ahora bien, por su parte Perelman plantea que los argumentos pueden analizarse desde una perspectiva retórica en donde lo que se busca es que un argumento resulte persuasivo o convincente para el tipo de audiencia que se dirige. Esto quiere decir que los jueces deben estar en caminados a la persuasión y no a la demostración (Perelman, 1974, 1979, 1998; Perelman y Olbrechts-tyteca, 1989). Chaïm es consciente que la anterior distinción afectaría la decisión judicial ya que sería más fácil confiar en un proceso demostrativo de una deducción de premisas incontestables, que argumentar una tesis que puede ser controvertible.

En este orden de ideas, los jueces no siempre deben decidir basándose en las normas y los hechos, deben generar la necesidad de argumentar en aquellos temas que tocan valores o principios generales que no se encuentran regulados específicamente pero son de obligatorio cumplimiento como los derechos fundamentales. Justificando lo anteriormente expuesto en una afirmación de Perelman: “no basta con conocer las reglas del derecho. Una de las principales tareas de la interpretación jurídica es encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas...” (Perelman, 1974, p. 21).

Lo ideal sería partir de bases diferentes al silogismo jurídico aplicado en la actualidad. De ahí que en la demostración realizada por los jueces en sus fallos estos encuentran simple y llanamente las reglas explícitas, a manera de ejemplo en la realización de un teorema la conclusión del mismo debe ser la dada por la regla mientras que en una argumentación las reglas que se deben aplicar generalmente no están explícitas y si aun así lo estuvieran sería importante y necesario la interpretación de las mismas para de estas dar solución y generar consecuencias al caso en particular.

Entonces podría decirse que dentro de las decisiones judiciales se debe poner en discusión inicialmente las premisas que se deban por seguras antes de comenzar el debate argumentativo de cada caso. Y como segundo paso hay que revisar a qué tipo de contexto se va a dirigir la decisión, ya que todas las decisiones judiciales se encuentran dirigidas a conglomerados determinados. Es decir que la argumentación que realizan los jueces no es simplemente demostrativa si no que depende de una aceptación de la misma dentro de las esferas de lo que considera correcto o no en la sociedad.

Es así como Perelman afirma que toda argumentación se dirige siempre a unos destinatarios los cuales aceptan y se adhieren o no a la tesis propuesta por el juez a esto es lo que Perelman

llama auditorios. Mientras que en la demostración no es necesario lo anterior sino que simplemente las consecuencias de esta se rigen por un orden lógico el cual dará siempre la misma conclusión. De aquí surge uno de los puntos más importante de la teoría argumentativa de Perelman en la cual el orador en este caso el juez debe tener su punto de partida en las premisas admitidas por el auditorio, si quiere que su argumentación sea aceptada.

Según Perelman las premisas se pueden dividir en dos, las primeras que se refieren a lo real, las cuales expresan las verdades o hechos reales y las presunciones, estas son muy útiles dentro de la argumentación para calificar determinadas afirmaciones que intenten describir la realidad actual además se tiene una gran ventaja al momento de argumentar partiendo de realidades ya que la argumentación va a estar enfocada a un auditorio universal. Y la segunda aquellas premisas que se refieren a lo predecible, es decir los valores, jerarquías o los lugares comunes es así como una presunción inicialmente no es lo que asegura un hecho, pero detrás de toda presunción, existen razones ciertas que sirven para que se tomen como ciertas

Con base en esto podemos inferir que la interpretación de los jueces penales se basa en tres cosas, la primera en la masa legislativa que rige las conductas típicas tales como el homicidio por piedad dentro de la sociedad, la segunda en los estigmas y parámetros sociales que muchas veces no dejan evolucionar la interpretación jurídica del derecho penal, y tercero el miedo establecido por romper límites antiguos de la costumbre social. Dado lo anterior se están especificando las reglas principales para la aplicación de la teoría perelmaniana, debido a que se genera el auditorio al que va dirigido, y la manera de como argumentar en los puntos básicos de la persuasión social al momento de tratar un caso difícil como el homicidio por piedad.

Es así como se explica anteriormente desde la literatura y se encuentra el punto medio de como el miedo y la costumbre basados en Martha Nussbaum y Sándor Márai influye en las decisiones

judiciales de tal forma que la conducta del ser se adecua y se moldea a principios efímeros de lo que se debe hacer, olvidando de esta forma el uso correcto de la razón; ahora bien la finalidad de este trabajo de investigación es dar a conocer el punto racional de utilidad del homicidio por piedad, dejando atrás y vulnerando principios legales establecidos, pero también protegiendo, como se habla en la sentencia derechos fundamentales tales como vivir dignamente y proteger la bienes jurídicos de posible disposición de las personas, que como se sabe son el fin primario de un estado social de derecho como el nuestro, es así como se debe entrar a proteger la decisión de la persona o personas allegadas a la misma, la cual está experimentando intensos sufrimientos y la única salida sea la muerte, para de esta forma y como lo hemos demostrado en este trabajo proteger la bienes jurídicos de posible disposición de las partes en el homicidio por piedad.

Dado lo anterior vamos a proponer un ejemplo en el cual se encuentren intrínsecos los argumentos planteados en lo que se lleva del texto, para de esta manera aterrizar en el contexto legal nacional las posibles implicaciones que tiene la literatura y las nuevas corrientes interpretativas del derecho; para iniciar con el ejemplo debemos situarnos en el hecho de que una persona se encuentra con intensos dolores por enfermedad grave o incurable, como lo establece el código penal colombiano en su artículo 106 y con base en esto le pide a su familia que termine con su vida; las repercusiones primaria son un delito, establecido en la norma, el cual genera prisión, sin embargo como se ha expresado en el presente texto se ha planteado que al ejecutar este tipo de acción no se está cometiendo un homicidio, pues desde las corrientes de interpretación actuales de la norma se puede argumentar la ponderación expuesto por Robert Alexy, la cual se fundamenta en la solución al encontrasen dos derechos fundamentales en posible vulneración del uno hacia el otro y en la búsqueda de la mejor solución dada en derecho e importancia de los mismos; en este caso específico podemos encontrar enfrentados el derecho a la vida y el derecho

a la dignidad humana, derechos que normalmente van de la mano; es así que al enfrentarse dichos derechos debemos delimitar la importancia del uno sobre el otro, y con esto adentrarnos en la importancia de la interpretación de los derechos y las normas jurídicas, en el texto se ha desarrollado al idea del derecho a morir dignamente, idea que aterrizada en el derecho colombiano se ha tratado en diferentes sentencias , pero no se ha llegado a una conclusión sensata puesto que en estos casos se condena a la persona que ejerció la acción de matar a otro, sin tener en cuenta la importancia en este caso de el derecho a la dignidad humana, ya para concluir se debe interpretar este ejemplo como la forma que dentro de las nuevas corrientes de argumentación jurídica para este tipo de caso no debe ser una condena penal , pues priman las decisiones personales y la protección de derechos fundamentales que no necesariamente son la vida.

Es entonces que, podemos encontrar que generalmente los jueces basan sus fallos en un simple silogismo jurídico, el cual se presenta como la relación de una premisa mayor y una premisa menor y así darle validez al mismo. Constantemente se plantea la pregunta que si la premisa menor es una instancia de esa premisa mayor, entonces nace el primer problema semántico de la decisión judicial, esto quiere decir que hay que demostrar que los términos que contiene la premisa menor no hacen parte o no son una instancia de la premisa mayor.

Lo anteriormente planteado podemos desarrollarlo de dos maneras, la primera sería pensar que la aplicación de la conclusión del silogismo jurídico en la decisión judicial daría como resultado un caso normal y dicha conclusión sería la correcta, pero si por el contrario nos centramos en decisiones difíciles tales como un abuso de la autoridad de las fuerzas armadas colombianas en el cual se presenta un choque de interés y derechos fundamentales que no pueden verse menoscabados, podemos darnos cuenta que es ahí en realidad es donde se encuentra el problema ya que la decisión que se tome va a girar en torno a la persona afectada como tal por la misma, el

juez y hasta los mismos abogados. Es así como un caso pasa de ser difícil a sencillo con la consideración de que el problema semántico está mal planteado. Y lo que se estaría realizando es la determinación del sentido de la ley en general, esto es la verificación de la premisa mayor únicamente haciendo a un lado la premisa menor siendo esta un hecho o una instancia de la premisa mayor. En este orden de ideas la argumentación jurídica pierde todo su valor como herramienta de interpretación y análisis en las decisiones judiciales.

Además simplemente con estas interpretaciones se está dando a entender que dentro de los fallos en casos difíciles únicamente se está realizando una interpretación netamente exegética es decir a lo que dice la norma y si confrontamos esto con la realidad o el contexto de cada caso particular se entraría a cometerse injusticia por parte de la aplicación de la norma. Dado lo anterior si se continúa examinando la manera como la premisa mayor de un silogismo aplicado entra en colisión con otra premisa aparte no con la premisa menor.

Para apoyar la teoría anteriormente planteada se abordara a Dworkin pues este realiza una síntesis de lo que para él sería la solución más factible a este caso difícil. El cual comienza criticando la labor de los jueces desde el punto de vista del positivismo en estricto sentido, además dice que cuando estos se encuentran en casos donde no hay certeza ya sea porque no existe una norma claramente que se pueda aplicar o si en dado caso la norma a aplicar da como conclusión una decisión totalmente distinta a la buscada; el juez debe sea como sea dar solución a favor de alguna de las partes. Es en estos casos que los jueces deben hacer y basar sus decisiones en los principios, para que no exista ningún tipo de discrecionalidad o preferencia por alguna de las partes al momento de la toma de decisiones. De esta forma Dworkin da solución a los llamados casos difíciles y es aquí donde se podrían unir la teoría planteada y la que venimos manejando como

ideal que sería la de Perelman y de esta misma forma unirlas con la propuesta de Robert Alexy de que el problema en las decisiones difíciles no se encuentra en las relaciones internas del silogismo.

Entonces se podría decir que dentro de las decisiones judiciales se debe poner en discusión inicialmente las premisas que se deban por seguras antes de comenzar el debate argumentativo de cada caso. Y como segundo paso hay que revisar a qué tipo de contexto se va a dirigir la decisión, ya que todas las decisiones judiciales se encuentran dirigidas a conglomerados determinados. Es decir que la argumentación que realizan los jueces no es simplemente demostrativa si no que depende de una aceptación de la misma dentro de las esferas de lo que considera correcto o no en la sociedad.

#### **4.4 Línea jurisprudencial del desarrollo del homicidio por piedad y el empleo de la eutanasia en Colombia.**

La honorable Corte Constitucional en sentencia T 1081 de 2001 expresa que el concepto de la vida no se puede ver en el estricto sentido de existir o no, sino que se debe fundar en el principio de la dignidad humana, ya que nuestra constitución garantiza la existencia de vivir en condiciones dignas *“en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”*. Ya que al individuo no se le debe brindar una vida cualquiera sino una vida saludable, es de esta forma que el derecho a la salud con el derecho a la vida no solo debe ampararse si se está frente a peligro de muerte sino cuando está comprometida la existencia humana en condiciones de plena dignidad. Nuestra constitución garantiza el derecho a la vida en el preámbulo y en los artículos 1, 2 y 11, y no se debe reducir a la mera existencia biológica, sino que se debe ponderar una relación necesaria con la posibilidad que le asiste a cualquier individuo

de desarrollar todas las facultades y características de una vida digna, además de que cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar cierto proyecto de vida, es absolutamente necesario prever las condiciones que generen la posibilidad de una expresión autónoma y completa de todas las características y formas necesarias para la consecución de la experiencia del individuo. Es ahí donde se aprecia la trascendencia de la íntima relación existente entre la vida y la dignidad de la persona, la cual la corte ha generado de la siguiente forma:

*"Es que el concepto de **dignidad humana** no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas.*

*"En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.).*

*"La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es 'un fin en sí misma'. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.*

*"Ese concepto se traduce en la idea, prolijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un*

*individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones de desamparo".*

De lo anterior se puede deducir que en el momento en que determinada persona acude a la acción de tutela con el ánimo de lograr una recuperación de su equilibrio emocional y psicológico que se altere debido a determinada enfermedad, lo realiza con el fin de lograr obtener una protección de sus derechos a la salud, a la integridad personal y a una vida rodeada de condiciones dignas, y cuyo restablecimiento esta en cabeza del juez de tutela de acuerdo con el artículo 86 de nuestra constitución.

Si se examina que la muerte no es la única circunstancia que va en contra de la constitución, sino también todo aquello que la haga insoportable y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le pueda impedir al ser humano desplegar todas las funciones y facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente dentro de la sociedad, es decir la corte lo que dice es que si no se cumple con un normal desarrollo social del individuo, se estaría en presencia de un rompimiento frente a la garantía constitucional de hacer digna la existencia humana.

Conforme a lo anterior la Corte decidió declarar como regla que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la capacidad de desaparecer las funciones vitales, sino que ante cualquier evento que pueda llegar a desvirtuar claramente la calidad de vida de las personas, en cada caso específico. (*Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-395 del 3 de agosto de 1998*).

Es así como en sentencia T-178 de 2003, nuevamente expuso:

*“No es la muerte la única circunstancia contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, sino también todo aquello que la haga insoportable y hasta indeseable. El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia”.*

De acuerdo con la sentencia T- 346 de 2005 señala que los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas deben ser protegidos mediante el amparo constitucional, siempre que sea inminente su vulneración aun cuando no exista riesgo de muerte, en reiteradas jurisprudencias, esta señala que el derecho a la salud y a mantener un nivel de vida dentro de los parámetros de la normalidad, a pesar de que no son en sí derechos fundamentales, llegan a ser susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, en el momento en que están ligados de manera casi permanente con derechos de esa naturaleza, es decir existe conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana, y en esos eventos se observa claramente que si no se genera el amparo puede tratarse de una vulneración directa a los anteriores derechos fundamentales.

De ahí que la corte considero que el concepto de vida no se limita únicamente a la protección de la existencia biológica, sino que además debe ir de la mano con el derecho de una vida saludable, y es preciso señalar que por esta razón se ha determinado que el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, no solo debe ampararse cuando se encuentre en un peligro inminente de muerte, sino también ante cualquier evento que pueda afectar directamente la calidad de vida del individuo, es decir en el preciso momento en que se genera la imposibilidad de que el individuo se desarrolle dignamente dentro de la facultades que le son inherentes a cualquier ser humano.

En conclusión la corte constitucional habla de un derecho a la salud que debe protegerse de manera integral debido a que es un principio, una garantía que puede convertirse en un derecho fundamental y, por tanto es susceptible de una protección especial por la vía de la tutela, cuando de su afectación se desprenda una vulneración de los intereses básicos para la sociedad como la vida, la integridad personal, o la dignidad del ser humano; de ahí que El derecho a la salud adquiere el carácter de un verdadero derecho fundamental, "en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal."

- **Dimensiones de los derechos a la vida y la salud.**

En el preciso momento en que se revisa la dimensión de protección del derecho a la salud, y este a su vez está ligado con el derecho a la vida en condiciones dignas, se habla de una garantía que cobija tanto aspectos físicos como psicológicos que se puedan desprender de determinada enfermedad, de ahí que se debe realizar una deducción lógica partiendo de la base de considerar íntegramente a la persona. La corte señala que el tratamiento que se debe proporcionar no debe reducirse a obtener curación; cuando se trata de enfermedades crónicas, y aun terminales, la persona tiene todos los derechos de recibir cuidados médicos dirigidos a proporcionar el mayor bienestar posible mientras se produce su muerte, ya sea natural o se genere la figura de muerte por piedad.

Ahora bien, como se fundamentó anteriormente las decisiones y acciones humanas de nuestro medio se expresan de manera directa en la literatura, pues por medio de ella se pueden tocar temas que, en el común son moralmente inaceptables, es así como se debe entender la ley, como una

forma de literatura, que regula los comportamientos humanos, pero con la gran diferencia que mientras que la literatura se limita a enunciarlos y mostrar los problemas sociales, actuales, la ley simplemente genera límites del comportamiento social establecido, omitiendo en muchos casos, la realidad subjetiva de las personas, generando por ende polémicas y vacíos de la interpretación de las conductas, además en muchos casos, como el que estamos tratando en este trabajo de investigación, penaliza de manera equivocada comportamientos que deberían depender de las acciones volitivas de los sujetos, es por esto que en este trabajo se analizaron los dos puntos de vista; por un lado el literario, que expone el conflicto "moral" de las partes en un homicidio por piedad, y por el otro el normativo, que expone las repercusiones legales de esta acción en concreto.

Dado lo anterior debemos analizar el homicidio por piedad, de forma deductiva, pues por medio de esta herramienta epistemológica, se puede llegar a una conclusión viable, es por esto que debemos hacer un recorrido por la teoría del delito, para encontrar el punto de quiebre que nos sirva para demostrar que este tipo penal, es atípico por virtud de la antijuricidad, pues por este elemento es que vamos a demostrar como el homicidio por piedad, debe ser legalizado de manera general en Colombia, pues como bien es sabido para que se configure un tipo penal, debe existir: La tipicidad, La antijuricidad y la culpabilidad; y si analizamos dicho tipo penal desde la bienes jurídicos de posible disposición de la parte que decide que quiere morir, nos encontraríamos frente a un problema de ausencia de antijuricidad material, por el hecho de que si bien si existe la conducta que quitar la vida, también existe que a la persona que se le quiere quitar la vida, desea que se ejecute esta acción, a su vez cabe resaltar que dicho tipo penal, limita de manera directa en que caso se genera este tipo de delito "

*ARTÍCULO 106 - Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá*

en prisión de uno (1) a tres (3) años" y es por esto que desde el punto de la no antijuricidad material, por el hecho que el sujeto pasivo está de acuerdo, con la acción de que le quiten la vida, como se muestra en la sentencia que se nombró anteriormente, es así como, con base en esta sentencia, la legislación colombiana se limitó a aceptar de forma especial ciertos casos que permiten no sancionar de manera tan drástica la ejecución de este delito; de esta manera a continuación explicaremos de formas más específica la teoría del delito de la siguiente forma.

- *Teoría del hecho punible.*

Parece relevante empezar por esta parte para enfatizar el hecho como una actividad del hombre y la manera por la cual ese hecho de acuerdo a su intención, pueda de alguna manera dañar el bien jurídico. De tal manera y para tener claro el concepto del delito a continuación aclararé esta situación por medio del siguiente esquema:

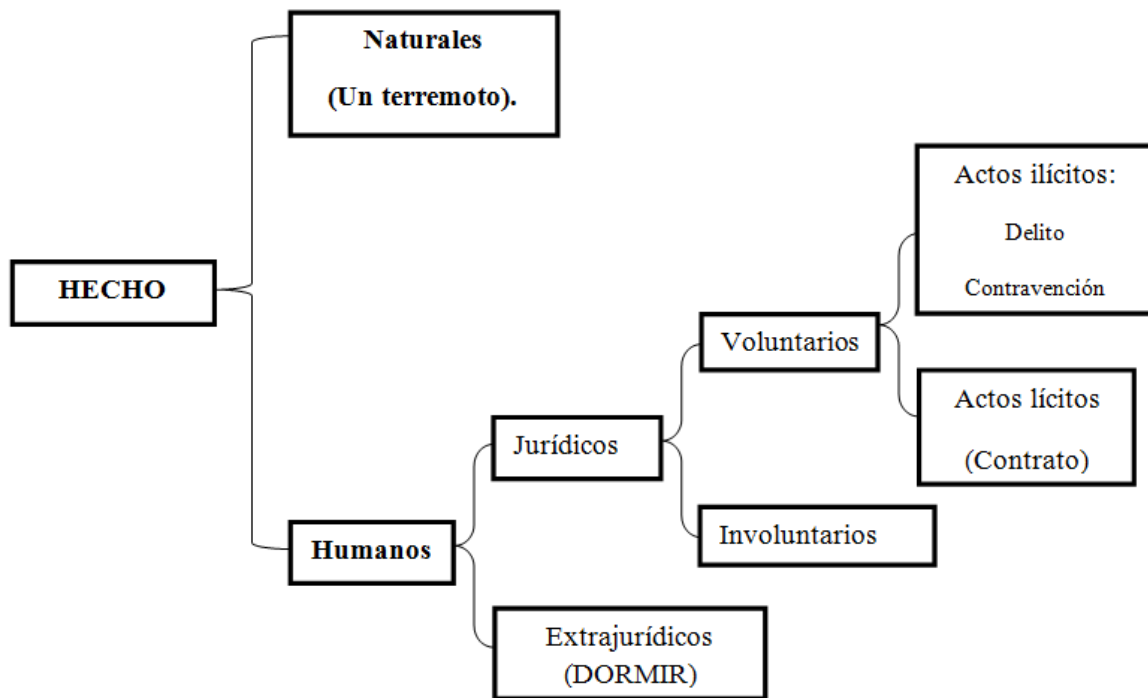


Figura 1: Teoría del hecho punible

Fuente: Autores

De lo anterior podemos deducir que el delito es un hecho humano, jurídico, voluntario y lógicamente ilícito. Es pertinente agregar que el hecho no puede ser tenido en cuenta como ilícito mientras no aparezca descrito en la ley penal y por consiguiente acarree una sanción para el actor.

- *Generalidades del hecho punible*

*TIPICIDAD*: En términos resumidos podemos afirmar que la tipicidad es el estudio de los tipos penales.

*FUNCIONES*: La tipicidad otorga un aporte positivo al mejor entendimiento del delito como un fenómeno jurídico; el tipo penal ejerce una serie de funciones



Figura 2: Funciones de la Tipicidad.

Fuente: Navas Corona, Alejandro. (2003) Tipicidad y Derecho Penal, Enfoque del Código Penal. Ley 599 de 2000. Editorial SYC Ltda, Bucaramanga, pág.: 27-30

- *Función Garantizadora:* Constituye una garantía jurídica, política y social de la libertad y seguridad personal, es decir que crea una contención entre los derechos humanos, así mismo tiene relación con el principio de la reserva o legalidad, principio de taxatividad, prohibición de la analogía.
- *Función sistematizadora:* Tradicionalmente la parte general como la especial siempre han estado separadas, pero la tipicidad ha servido como puente integradora de estas dos partes, igualmente establece una coordinación coherente y armónica entre los principios penales y la tipicidad.
- *Función fundamentadora:* El tipo penal es presupuesto de ilicitud en cuanto una determinada conducta no puede ser calificada como delictiva mientras el legislador no la haya descrito previamente, y amenazado con sanción penal, así mismo gracias a los tipos penales es posible diferenciar una figura delictiva de otra por más que se parezcan por ejemplo: *El peculado por apropiación y el hurto* constituyen formas ilícitas de adquirir cosas ajenas, están escogidos por tipos distintos que permiten distinguir uno de otro teniendo en cuenta la naturaleza del objeto material (bienes públicos, cosas muebles).
- *Función indiciaria:* Medio probatorio que nos lleva a acercarnos de un concepto desconocido por medio de la lógica, aunque el juez deba hacer un juicio de valor para determinar si la norma se puede aplicar a esos hechos
- *Función valorativa:* Aspecto objetivo-> Delito-> sujeto-objeto y conducta

A continuación se explicará el juicio de tipicidad por medio del siguiente esquema:

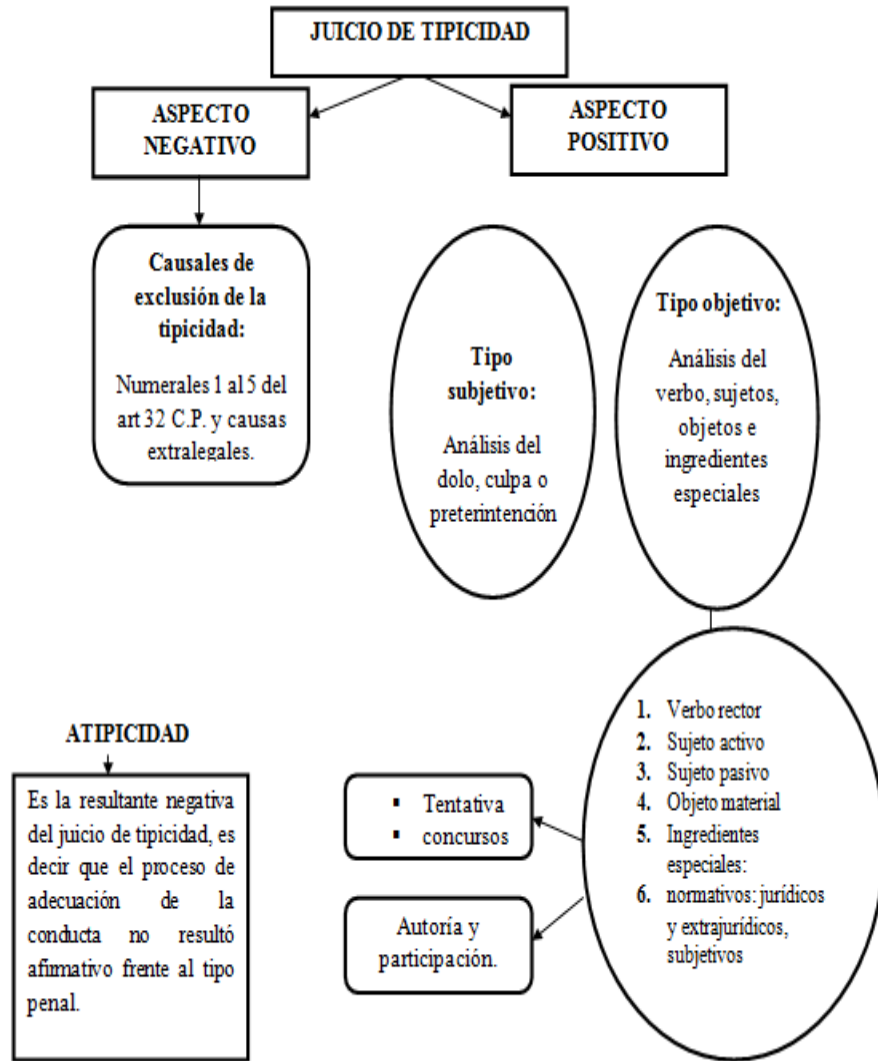


Figura 3: Juicio de Tipicidad.

Fuente: Fuente: Navas Corona, Alejandro. (2003) Tipicidad y Derecho Penal, Enfoque del Código Penal. Ley 599 de 2000. Editorial SYC Ltda, Bucaramanga, pág.: 27-30.

Además la teoría de la antijurisdicción se ilustrará de forma más específica mediante el siguiente mapa:

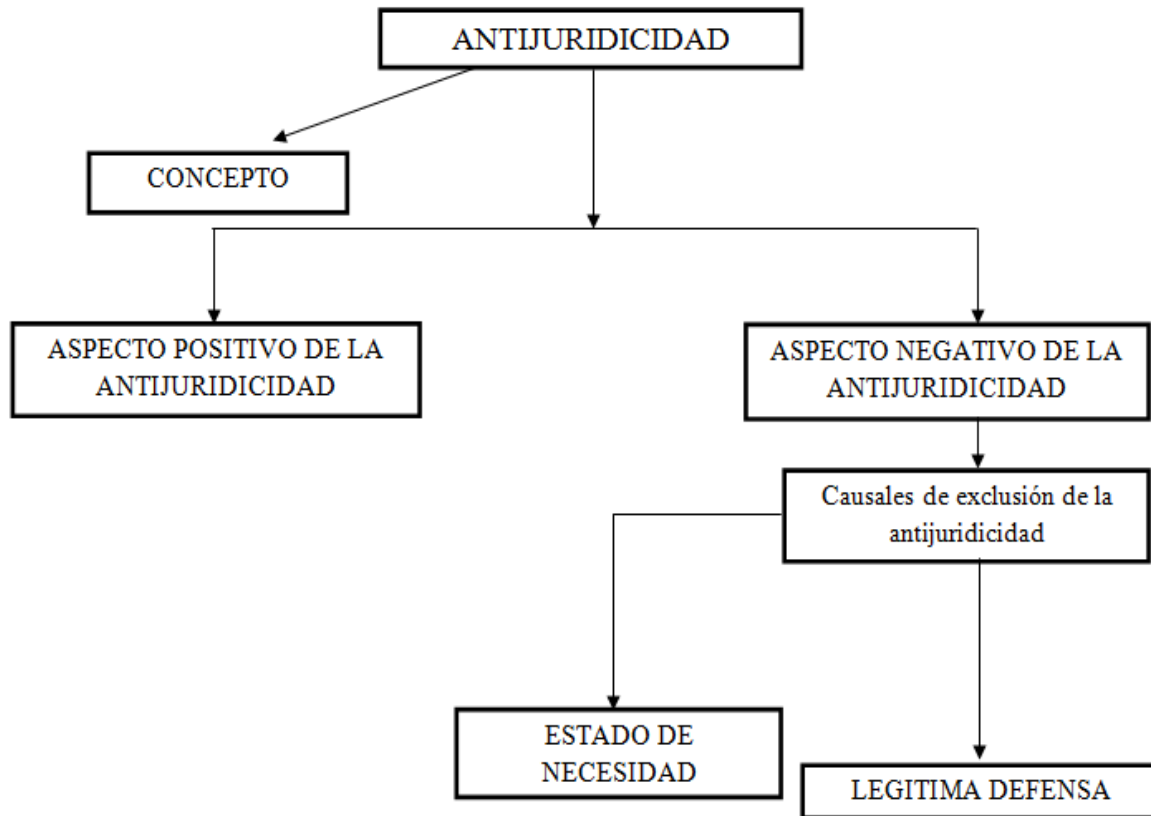


Figura 5: Atijurisdicción.

Fuente: Fuente: Navas Corona, Alejandro. (2003) *Tipicidad y Derecho Penal, Enfoque del Código Penal. Ley 599 de 2000*. Editorial SYC Ltda, Bucaramanga, pág.: 27-30

Concepto: El maestro Alfonso Reyes Echandia define de la siguiente manera: “es el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado”.

- *Aspecto positivo de la antijurisdicción:* Realizando un derecho comparado con el derecho romano los conceptos de legítima defensa no existían, hasta la aparición del maestro Carrara cuando afirmó que el delito aparte de ser una acción debía entenderse como una infracción, al existir contradicción entre el hecho del hombre y la ley.

- *Estado de necesidad*: Sostiene que el estado de necesidad es una situación de peligro actual inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que puede ser evitada mediante lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.
- *Legítima defensa*: En términos generales entendiéndose por la legítima defensa, la reacción tempestiva y adecuada a una agresión actual y antijurídica, llegando a explicar algunos autores polémicos de la materia que quien ejecuta la legítima defensa ejecuta una acción lícita.

Ahora bien, se explicará la teoría de la culpabilidad mediante el siguiente esquema:

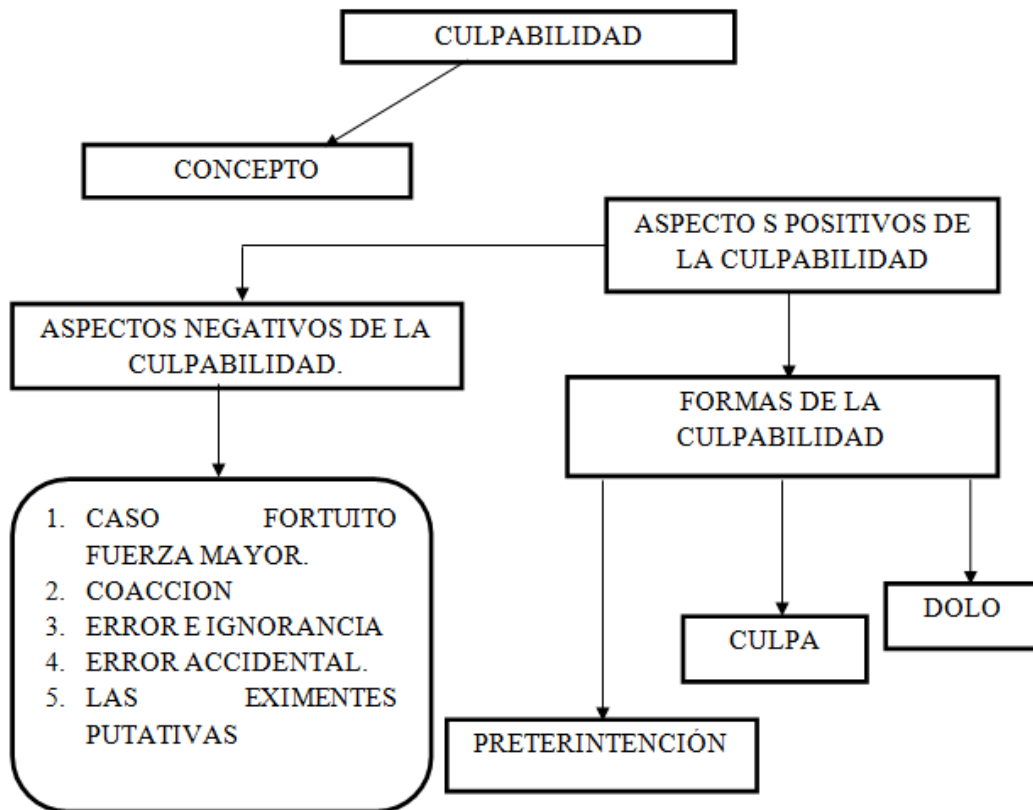


Figura 5: Culpabilidad.

Fuente: Autores.

De lo anterior, podemos observar, que desde el punto de la antijuricidad material, se podría desvirtuar la tesis que el legislador colombiano tiene establecida, con respecto a este tipo pena, pues como se puede deducir al intervenir la bienes jurídicos de posible disposición de las partes en la decisión de morir dignamente, no solo intervienen las escuelas de la argumentación jurídica, sino que además intervienes, la ponderación de los derechos fundamentales, de la dignidad frente a la vida, que a *priori* se entendería más importante la vida, pues es un derecho supremo, pero es ahí en donde surge el siguiente cuestionamiento: ¿Qué es vivir dignamente?

Esta pregunta no es complicada de responder, pues la corte constitucional mediante la sentencia C-239 de 1997, pondera y define que el sentido de vida digna debe enfocarse en la plenitud y el disfrute del sujeto, y es por esto que el homicidio por piedad a pesar de estar despenalizado, debe analizarse desde la perspectiva de la ambigüedad de la norma penal, pues la imputabilidad de las personas, que ejecutan estos actos debe ser analizada desde un punto de vista a **posteriori** pues la ejecución del acto supera los límites de la norma por el hecho de ser un acto volitivo, de la parte pasiva del “delito”.

Ahora bien, es por esto que la presente investigación quiere demostrar que este tipo penal, es vacío y ambiguo por el hecho de limitarse a tabúes sociales, y no tener en cuenta, la evolución histórica y semántica del derecho colombiano, y que desde el punto de vista actual del derecho penal, no sería viable pues no contiene o falla en uno de los tres requisitos de la teoría del delito, (desde la autonomía de la bienes jurídicos de posible disposición de las partes) imposibilitando la imputación este tipo de acción como delito.

A continuación se explicara la línea jurisprudencial mediante el siguiente cuadro:

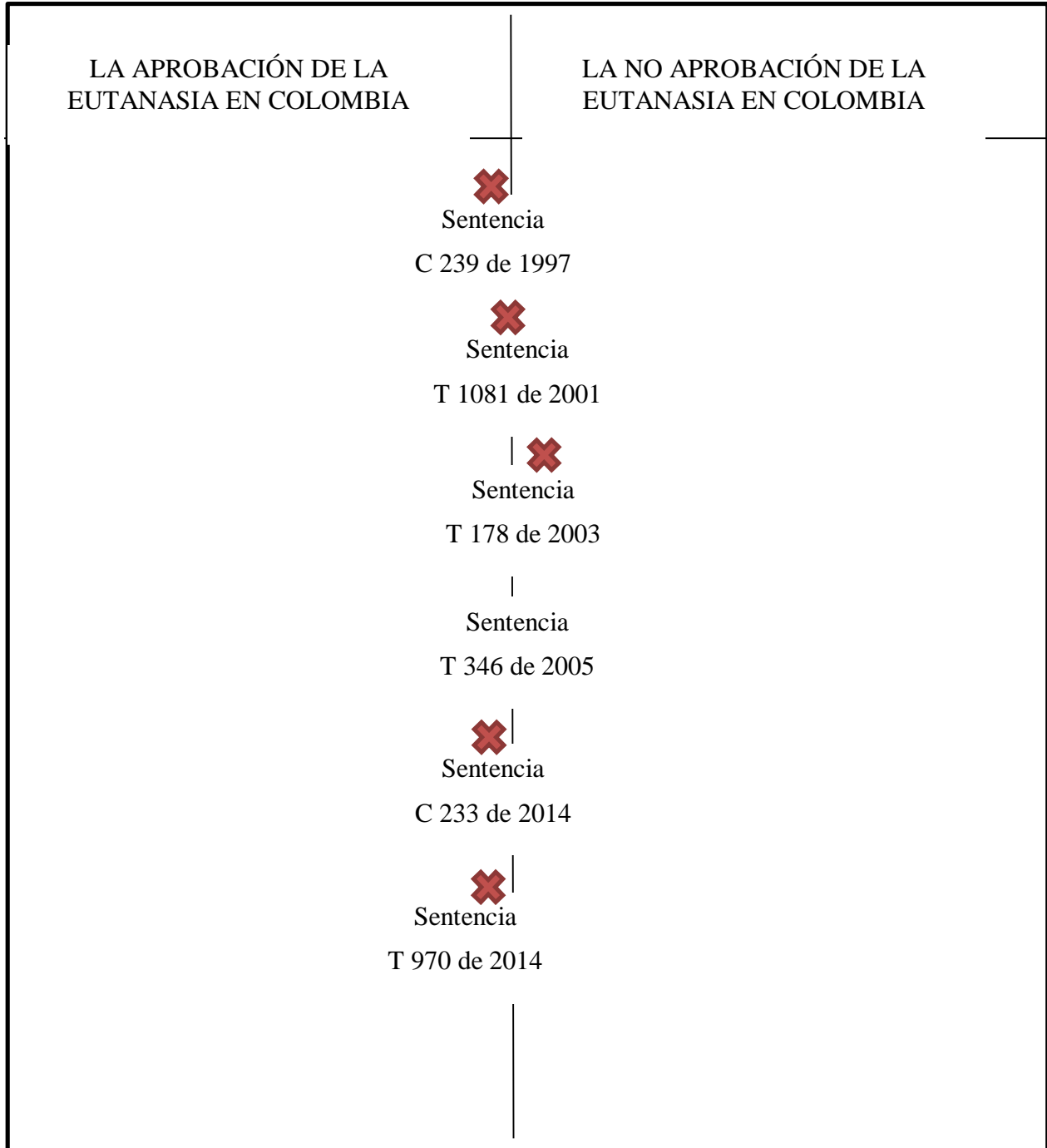


Figura 6: Línea Jurisprudencial del Homicidio por Piedad.

Fuente: Autores.

**4.5 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 106 de la ley 599 de 2000, actual código penal colombiano con el fin de lograr su despenalización cuando interviene la bienes jurídicos de posible disposición de las partes.**

Bucaramanga, Noviembre de 2015

Señores:

**HONORABLES MAGISTRADOS**

**CORTE CONSTITUCIONAL**

Secretaria

Bogotá D.C

**Ref.: Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 106 del CODIGO PENAL.  
(LEY 599 DE 2000)**

Demandantes: Andrés Eduardo González Montero, Darlin Fabiola Santamaría Avellaneda

En ejercicio de nuestros derechos civiles y políticos, consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, como ciudadanos colombianos mayores de edad, vecinos de Bucaramanga, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, respetuosamente presentamos demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 106 del CODIGO PENAL por considerar que la interpretación y aplicación de esta norma respecto de los enfermos terminales que por bienes jurídicos de posible disposición propia optan por la eutanasia, vulnera dentro del preámbulo de nuestra

Constitución, los principios de dignidad humana, igualdad, derechos humanos y autodeterminación.

### **NORMAS DEMANDADAS**

Acusamos la inconstitucionalidad del artículo **106 del CODIGO PENAL** y a continuación se transcribe la norma demandada impugnada de inconstitucionalidad:

**ARTICULO 106. Homicidio por piedad.** El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

### **NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS**

La norma legal demandada viola los artículos 1, 13, 16 de la Constitución Política y son las siguientes:

**ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado

promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Tacha fuera de texto.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

**Artículo 16.** Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

### **SUSTENTO DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Las siguientes son las razones que sustentan nuestra solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad, expresadas en tres cargos diferentes e independientes que se desarrollan a continuación:

#### Cargos por violación del artículo 1° de la Constitución:

El artículo 106 del CODIGO PENAL, contraría el artículo 1, de la Constitución Nacional cuando establece de modo inequívoco que Colombia, República unitaria constituida como Estado social de derecho, es pluralista y se funda en el respeto a la dignidad humana y la solidaridad. La Constitución considera que LA PERSONA es un sujeto moral capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que le incumben y limitando al estado a imponerle deberes; siendo esta la interpretación que de ella se desprende en la Sentencia C 239 de 1997 emitida por esta Corporación. Dentro de la misma providencia se destaca el Principio de Dignidad Humana

como valor supremo que irradia el conjunto de Derechos Fundamentales reconocidos y que protege en todas las situaciones la autonomía e identidad de la persona.

La evolución de los derechos fundamentales en especial lo tendiente a la concepción de vida como derecho irrenunciable y bien jurídico de obligatoria protección por parte del estado ha suscitado dilemas de índole moral con respecto a otros como la vida digna y el ejercicio de prácticas como la Eutanasia. En este punto, la vida ha pasado de ser un “derecho” a convertirse en un “deber absoluto” que permite al estado obligar a la persona que padece una existencia llena de dolor y sufrimientos productos de enfermedades incurables pero conscientes de sus actos y decisiones a que prolongue su situación hasta que le sea posible resistir dejando de lado la libertad que Constitucionalmente le asiste para autodeterminarse y desarrollar su personalidad.

En ocasiones anteriores la Corte se ha apartado de la concepción absoluta e irrenunciable del derecho a la vida que en muchas ocasiones parte de concepciones morales y religiosas, para darle lugar a una interpretación que sea conforme a las condiciones de dignidad humana en el buen vivir y no solo a la existencia “material” de la persona que tanto se ufana nuestro ordenamiento jurídico de proteger.

La interpretación de los derechos no puede separarlos y encasillarlos cuando es evidente e indispensable que todos coexisten en el plano cotidiano, los deberes del estado no pueden soslayar los derechos y libertades propios de las personas para obligarles a realizar, someterse o evitar actividades que a todas luces coartan el ejercicio de los mismos. Proteger la vida no implica desconocer que el titular de este derecho NO es el estado y que ante la decisión de un individuo consciente de sus actos de no continuar viviendo sería absurdo oponerse tal como sucede en el caso del suicidio y como debería suceder e

interpretarse cuando el mismo individuo en ejercicio de sus derechos, solicita que le ayuden a morir de manera digna. Al considerar la persona como un sujeto con la capacidad de asumir responsable y autónomamente la toma de decisiones que le afectan directamente sin ir en detrimento de personalidades ajenas, resulta inhumano y anti-pluralista obligar a una persona a permanecer en condiciones que no desea, que vulneran sus derechos, que prolongan su sufrimiento físico y psicológico haciendo caso omiso de su bienes jurídicos de posible disposición como si careciera de ella, en nombre de concepciones y dogmas ajenos incapaces de comprender la motivación de a quien incumbe en primer término. En este punto cabe destacar lo expresado en la polémica Sentencia C 355 de 2006 MP Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández referente a la despenalización del aborto en tres situaciones específicas y donde se habla del carácter NO absoluto de la vida pues

*“Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.” “Y si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos, que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañen”.*

El carácter no absoluto de los Derechos Fundamentales lo expresan de manera clara la sentencia C 578 de 1995 al establecer que:

*“Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre*

*sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. Con mayor razón, la eximente de responsabilidad del militar subalterno, que tiene un sentido puramente orgánico y funcional, debe ser relativizada, de suerte que se garantice su campo de acción racional y razonable, donde pueda desempeñar el cometido que la inspira, pero sin poner en peligro la vigencia de la Constitución. De lo contrario, lo que es un simple medio para asegurar la eficacia de las fuerzas militares y la disciplina, se convierte en un fin en sí mismo, dislocado completamente de su objetivo constitucional.”*

De la misma manera que lo hace la Sentencia C 045 de 1996 pues aduce que:

*“Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se "suspenden" los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido.”*

En palabras de la Sentencia C 355 de 2006, En un Estado social de derecho fundado desde el texto constitucional en el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida que se consagra y se protege, no es el derecho a la mera subsistencia, sino el derecho a una vida digna, como lo ha ratificado y desarrollado la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, como los siguientes:

*“El primer deber de un Estado es proteger la vida de los asociados, adoptando todas aquellas medidas que permitan u los ciudadanos vivir en condiciones dignas. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que el Estado Social de Derecho, como lo ha venido reiterando la Jurisprudencia de esta Corte, se funda en el respeto u la dignidad humana y, tiene como uno de sus fines esenciales garantizar la efectividad de los principios y derechos”.*

*“El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”*

De igual manera, en lo referente a la solidaridad, como valor fundante del Estado Social de Derecho Colombiano, resulta contradictorio que se juzgue bajo el concepto de “homicida” a alguien que obra cobijado por el deber positivo de socorro a quien se encuentra en estado de necesidad, a alguien que motivado por deseos altruistas y solidario decide atender el llamado de ayuda de otra persona que ha decidido prescindir de la protección de su derecho a la vida y disponer del final de la misma. “Ayudar a morir” son palabras que en conjunto pueden revolucionar la variable moral de la sociedad pero que no obligan a cada uno de sus miembros a estar de acuerdo con ella si así no lo desean.

No obstante y contrario a lo que se cree por la polémica generada en épocas modernas, la Eutanasia no es una práctica reciente. A través de los años, diferentes culturas han hecho

uso de la misma, para destacar algunos casos está el relatado en las sagradas escrituras del pueblo Judío, capítulo I, 9 y 10 del Libro Segundo de Samuel donde el amalecita narra a David cómo Saúl le rogó su muerte y éste accedió al saber que no podría sobrevivir después de la caída sufrida en el campamento de Israel. De igual manera, en la antigua Grecia, donde no existían dilemas éticos y morales entorno a la “ayuda a morir” pues se consideraba que una mala vida no era digna de ser vivida y la administración de cicuta podía realizarse mediante la petición explícita de quien quisiera poner fin a sus sufrimientos. La historia relata que al enfermar de gravedad, el filósofo Diógenes optó por suicidarse y que Zenón de Sitio a pesar de no llegar a suicidarse, sí decidió embriagarse para no estar consciente al momento de su muerte. De igual manera, en el libro III de la República, Platón escribió “Por consiguiente, establecerás en nuestra república una jurisprudencia y una medicina tales cuales acabamos de decir, que se limitarán al cuidado de los que han recibido de la naturaleza un cuerpo sano y un alma hermosa. En cuanto a aquellos cuyo cuerpo está mal constituido, se les dejará morir y se castigará con la muerte a aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible”. Por su parte, en Roma se vivió una situación similar a la del pueblo Griego en torno a la cicuta, parcialmente reflejada en la autorización que otorgaba la Ley de las XII tablas al permitir a los padres el “homicidio” de los hijos nacidos con graves deformidades. En las situaciones anteriores es importante hacer hincapié en la bienes jurídicos de posible disposición de las personas que solicitaron su muerte de manera consciente y decidida, sin dar cabida a una aparente conducta “homicida” por parte de quien o quienes intervinieron en la ejecución de su designio eugénico.

La muerte es un acontecimiento inevitable a la que se le han argüido diversas connotaciones de tipo ético, moral, cultural, filosófico y hasta legal a través a los años pero no es otra cosa que el fin de la existencia “material” en el campo físico, el cese de actividades o como podría expresarlo Jean Baudillard<sup>1</sup> –en el lecho de la muerte, la máquina biológica marcha o no marcha-. En este orden de ideas, la protección constitucional a la vida no es meramente al hecho de existir o subsistir, sino a la defensa de la autonomía y la dignidad que tiene cada individuo titular de sus derechos para hacerlos respetar o dado el caso, renunciar a ellos dependiendo de las circunstancias que lo motiven.

Si bien es cierto que la Corte ha discutido en oportunidades anteriores la viabilidad de la despenalización de la Eutanasia que en términos legales se denomina Homicidio por Piedad, ésta continúa prohibida restringiendo sin justificación el derecho que asiste a toda persona de autodeterminarse, evitar su dolor y maximizar su placer.

*Si bien, el hombre tiene obligaciones con la sociedad y es deber del Estado donde habita garantizar su vida, resulta desproporcionado obligarlo a vivir en condiciones que a su juicio son insoportables, insufribles, e incurables y que tarde o temprano se traducen en una muerte inminente. La vida no es un objeto, requiere de una valoración subjetiva que Hume intentó expresar de la siguiente manera “Un hombre que se retira de la vida no hace daño alguno a la sociedad; lo único que hace es dejar de producirle bien. Y si esto es una ofensa, es, ciertamente, de la más modesta especie. Todas nuestras obligaciones de hacer bien a la sociedad parecen implicar algún bien recíproco. Yo recibo beneficios de la sociedad, y por lo tanto me veo obligado a promover sus intereses. Pero cuándo yo me aparto totalmente de ella, ¿podré estar*

---

<sup>1</sup> BAUDRILLARD, Jean. El intercambio simbólico y la muerte. Caracas: Monte Avila Editores, 1980.

*siendo atado a esas obligaciones? Aun suponiendo que nuestro deber de hacer bien fuese un deber perpetuo, tiene que haber por fuerza algún límite. No estoy obligado a hacer un pequeño bien a la sociedad, si ello supone un gran mal para mí”.* (Hume, 1988, pp. 131 – 132)

Cargos por violación del artículo 13 de la Constitución:

El mencionado artículo 13 de la Constitución Política de Colombia hace mención de la protección de derechos y libertades que recibirán todas las personas en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de discriminación, así como la especial atención que recibirán aquellos que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

La dignidad de la vida humana y las circunstancias de debilidad manifiesta fueron definidas en la Sentencia T 477 de 1996, MP Fabio Moron Díaz, así:

*La dignidad de la vida humana, es el eje central sobre el cual giran los demás derechos fundamentales y sociales del hombre en comunidad; es más, el Estado tiene su razón de ser en la protección de la vida humana, así como proyectar su función en aras de una más justa calidad de vida; es por ello que siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial, mediante lesión o amenaza inminente y grave, el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado a quien se reconoce su dimensión inviolable. Así, el orden jurídico total se encuentra al servicio de las personas que es el fin del derecho, de suerte que le corresponde a los órganos públicos, colocar todos los medios posibles y adecuados a su alcance para proteger la vida humana de quienes se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y en estado de extrema necesidad.* Tacha fuera de texto.

En otras providencias como es el caso de la T 940 de 2012, la Corte Constitucional ha reconocido como aspectos incidentes en la configuración de la calidad de vida del ser humano el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York a mitad de 1946 y que destaca *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*, reconociendo la trascendencia de los aspectos físico, psíquico y social dentro de la existencia.

Jaime Escobar Triana, reconocido miembro de la comunidad científica Colombiana y pionero de la Bioética en el país, expone en su libro *“El morir como ejercicio final del derecho a una vida digna”* que la calidad de vida no sólo se refiere a un índice económico o estadístico sino también a una norma o valor moral. *“El Concepto moderno de “valor” se debe especialmente a Hume, quien afirma que las sensaciones no ofrecen certeza objetiva sino subjetiva. Los valores son entonces intersubjetivos. Si las cosas tienen precio, el valor económico es el primario y más elemental y “desde este punto de vista, la calidad de vida se define como la maximización de la utilidad del rendimiento”* Gracia, D. *Introducción a la Bioética. Ed. El Búho, Bogotá, 1991, pp27 y ss. De esto se deriva que el prolongar la vida de la persona de por sí puede afectar su dignidad, como en los estados de vida vegetativa o de coma profundo”* (*El morir como ejercicio final del derecho a una vida digna, pg. 59*)

En este orden de ideas, y volviendo al tema que nos atañe, es claro que una persona que padece de dolores incontrolables a causa de enfermedad incurable (previamente diagnosticadas por profesionales competentes) que le conllevan a padecimientos extremos, que claramente no puede desarrollar su derecho a la vida en condiciones dignas y de calidad

que le permitan el disfrute cabal de su existencia es sujeto de la atención especial y protección que la Constitución establece para aquellos que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En otras palabras, el derecho de autodeterminarse, y decidir autónomamente sobre su vida debe ser no sólo respetado sino también respaldado por la Ley en los eventos donde siendo plenamente consciente de sus actos, una persona solicite ayuda para morir y poner fin al sufrimiento sin tener que esperar una muerte cruel sólo porque ideologías y convicciones morales ajenas así lo imponen. “El derecho sirve a la moral, no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el de los deberes. Garantiza derechos a los individuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales” Filosofía del Derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952, Pág. 43

El Estado no puede entrar a decidir que es bueno o malo para la vida de una persona que reconoce como autónoma al momento de seleccionar los fundamentos de su conducta. Así lo expresa el Ex Magistrado Carlos Gaviria Díaz en su artículo ‘La Eutanasia’: *“Tal es el contraste, que debe subrayarse, entre el Estado democrático y liberal (como el que configura la Carta colombiana) y el Estado paternalista que trata a sus ciudadanos (o más bien súbditos) como incapaces a quienes hay que indicarles el camino del bien como lo hace el buen padre con el hijo de familia.”* Tomado de la revista *Consigna Edición 468-Año XXV-II Trimestre 2001 Fundación Universitaria del Área Andina*

El artículo 13 de la Norma Constitucional hace imperativo, como garantía institucional de rango superior, que los “derechos y deberes fundamentales de las personas prevalecen en igualdad de condiciones”. Y El artículo 16 de la misma Constitución confiere a todas

las personas el derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico y para fortalecer las capacidades como sujetos titulares de derechos, se debe tener en cuenta que, *Titulares de derechos*, son todas las personas o grupos de personas que pueden ejercer los derechos humanos y tienen el poder para reclamar su reconocimiento y garantía. Y *Titulares de obligaciones*. El estado, sus instituciones y sus representantes tienen la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todos los ciudadanos independientemente de su sexo, edad, origen étnico, filiación religiosa, nivel socioeconómico, orientación sexual, condición de discapacidad o cualquier otro factor.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación se incluye en prácticamente todos los instrumentos internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1, 2, 7, 23); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 3, 7, y 13)

En el mencionado fallo que “despenalizó” la Eutanasia bajo condiciones específicas, la Corte se atribuyó facultades propias del órgano legislativo (tal como lo destacan varios de los salvamentos y aclaraciones de voto en la providencia) traspasando las fronteras de la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad. Sin embargo al día de hoy, casi 18 años después, el Congreso de la República no se ha pronunciado al respecto, ha dejado en el aire la reglamentación de una práctica que involucra la persona en todos sus ámbitos, la importancia de los derechos humanos y su interpretación en un Estado Social de Derecho que constantemente está evolucionando.

Manifiesta también el Ex Magistrado Carlos Gaviria, ponente de la C 239 de 1997, que:

*“Si la vida está consagrada como un derecho, y no como un deber, su titular puede legítimamente seguir viviendo o disponer que cese su curso vital. Y si no está en capacidad de ponerle término él mismo, es lícito solicitar ayuda a un sujeto libre, quien podrá acceder al ruego o rehusarse a hacerlo. Y si elige lo primero, no puede ser penalizado porque no ha atentado contra el derecho de nadie. No existe base alguna para justificar la antijuricidad de su conducta. Es que si se acepta, a la luz de las premisas expuestas, que la vida es un derecho disponible (no existe en el ordenamiento colombiano una norma que establezca otra cosa y si existiera muy diferente sería su estirpe), quien colabora a la efectividad de esa disposición, ante la imposibilidad de hacerlo el propio titular y ante la solicitud inequívoca del mismo, no puede incurrir en conducta jurídicamente reprochable, por no existir objeto que amparar.” La Eutanasia. Fundamentos ético-jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso – consentido. Carlos Gaviria Díaz. Revista Consigna, Edición 468, año XXV-II Trimestre 2001, Fundación Universitaria del Área Andina.*

No se trata de dar a alguien la posibilidad de poner fin a la vida de otra persona sin consecuencias legales o reproches de índole jurídico, no se trata de “legalizar” el homicidio y/o restarle valor al derecho fundamental a la vida, realmente, se trata de reconocer la autonomía y la libertad en la toma de decisiones que involucran el ejercicio de los derechos de una persona que ha decidido dejar de vivir, prescindir y renunciar de la protección que el Estado propugna a su existencia porque la misma ya no se desarrolla en las condiciones que garantizan su pleno disfrute. Además, y en concomitancia con los derechos destacados anteriormente, está la actuación motivada por la solidaridad y el altruismo de la persona

que accede a poner fin al sufrimiento de quien no desea vivir más, sin otra razón que dar término a una situación miserable e insufrible por parte del enfermo terminal.

Así como es respetable la posición de quienes luchan por vivir a pesar de que las circunstancias le dificultan y eliminan todas las posibilidades, también es plenamente respetable la de aquellos que deciden morir. La vida es el inicio, la muerte es el final, ambas son inherentes al ser humano; si la vida digna es un derecho sería lógico que una muerte en condiciones dignas también lo sea y le corresponde al estado garantizar su ejercicio.

Cargos por violación del artículo 16 de la Constitución:

Según la sentencia SU 642 de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz “*El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. En esta medida, ha señalado que, en el artículo 16 de la Carta Política, se consagra la libertad in nuce, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad. Así caracterizado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial.*”

La primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos (Sentencia No. C-221/94). Decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para

los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Sentencia de Constitucionalidad 355 de 2006, MP Jaime Araujo Rentería

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio genérico y omnicomprendido cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con ésta, un rumbo. Sentencia C 355 de 2006, MP Jaime Araujo Rentería.

Los apartes tomados de la reiterada providencia que decide la despenalización del aborto en tres casos específicos desarrollan de la mejor manera posible el concepto del derecho al Libre Desarrollo de la personalidad como principio fundamental de la Carta Política y reclama al legislador respeto tanto para éste como para la Dignidad Humana para que no contraríe y menoscabe derechos constitucionales por privilegiar concepciones particulares sobre el valor de la vida.

Prohibirle morir a la persona que se encuentra en fase terminal de una enfermedad, negarle la posibilidad de pedir ayuda o asistencia para poner fin a su sufrimiento de manera digna y coartar la solidaridad del médico que motivado por sentimientos altruistas desea cumplir la bienes jurídicos de posible disposición del paciente que no desea continuar viviendo y rechaza opciones de tratamiento que prolongan su vida de manera artificial pero

en condiciones insostenibles, costosas o miserables atenta directamente contra su autonomía y el derecho al libre desarrollo de la personalidad al que tanto respeto se exige por ser de particular importancia en el correcto funcionamiento del Estado Social de Derecho. No resulta descabellado comparar el hecho de forzar a vivir a quien no quiere hacerlo con imponer la continuidad de un embarazo producto de acceso carnal violento o que compromete la vida de la madre a la mujer que no desea experimentar la maternidad. Ambas situaciones vulneran los derechos a la Dignidad Humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Son diversos los extractos jurisprudenciales que pueden tomarse de la Corte Constitucional para respaldar el presente cargo al momento de definir en sus términos el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad. Para destacar está la sentencia T 67 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz la cual establece que “El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho ‘un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la constitución’ por cuanto el artículo 16 de la Carta ‘condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en

cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado”.

La Sentencia T 516 de 1998, MP. Antonio Barrera Carbonell, la cual afirma que “La constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art. 1º y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas, decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal”

La Sentencia C 355 de 2006 destaca apartes de la Sentencia C 221 de 1994 MP Jorge Arango Mejía, y hace su interpretación del Libre Desarrollo de la Personalidad de la siguiente manera “Este derecho es entendido entonces, como la consecuencia necesaria de una nueva concepción que postula al Estado “como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado”(C 221-1994) Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo- cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen” (Sentencias C 221/1994).

El último y más reciente pronunciamiento del más alto Tribunal Constitucional Colombiano fue el emitido mediante sentencia T 970 de 2014 Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva donde la actora invocaba sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente amparándose en el fallo proferido en la sentencia de 1997 (que reiteradamente hemos traído a colación a lo largo de este texto), pues el diagnóstico médico

de una enfermedad en fase terminal le obligaba a someterse a ciclos de quimioterapias con efectos colaterales que le impedían desarrollar sus actividades cotidianas sin ayuda de terceros y los cuales rechazó por deteriorar aún más su estado funcional y calidad de vida. Sin embargo la falta de regulación por parte del órgano legislativo para el procedimiento de la Eutanasia en Colombia y la penalización del “homicidio por piedad” contenido en el código penal fueron respaldo suficiente para que su petición fuese negada en doble instancia, desconociendo por completo la decisión de la corte aplicable a estos casos en particular y por consiguiente los derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad y obligándole a resistir los terribles dolores del cáncer de colon que padecía y que en palabras de la C 239/1997 terminó por *“condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”*.

El vacío normativo al que nos enfrentamos es consecuencia de la evasiva del Congreso para legislar en temas polémicos que despiertan la moralidad de una sociedad enferma de apariencia, éste vacío contraría la Constitución cuya guarda está conferida a la Corte Constitucional, razón por la cual es menester que nuevamente se pronuncie respecto del “Homicidio por Piedad” y lo contradictoria que resulta su vigencia cuando existe bienes jurídicos de posible disposición del “sujeto pasivo” como en resumidas cuentas lo ha expresado en diferentes ocasiones, la más reciente el 5 de febrero de 2014 donde tutela el derecho a la “Muerte Digna” de una ciudadana y ordena al Ministerio de Salud que se

dispongan todos los mecanismos necesarios y reglamentarios para garantizarle su ejercicio mediante el “servicio” de la Eutanasia.

Exhortar al órgano Legislativo para reglamentar el procedimiento de la Eutanasia no ha sido suficiente, el tipo penal permanece en el ordenamiento jurídico y por consiguiente personas en fases terminales de enfermedades que bien pueden denominarse catastróficas son cruelmente obligadas a continuar con sus padecimientos pues no existe un protocolo a seguir para la Eutanasia y ningún médico por más vocación solidaria (valor fundante del Estado Social de Derecho) y altruista que profese incurriría en la comisión del delito de “homicidio por piedad” para respaldar derechos fundamentales ajenos. Además mientras los vacíos legislativos prevalezcan las peticiones de nulidad de los fallos como la interpuesta por la Procuraduría General de la Nación a la Sentencia T 970 de 2014 estarán por encima y con fundamentos bastante sólidos de la protección que personas en situación de debilidad manifiesta como la que presentan quienes padecen enfermedades en fase terminal y desean morir invocan de la Constitución, y a quienes la muerte termina por llevarse lentamente haciendo miserable cada uno de sus días mientras esperan que la ley se pronuncie.

Actualmente países como Holanda y Bélgica aprueban el suicidio asistido, Puerto Rico y Canadá estudian la viabilidad del mismo y Francia discute un proyecto de ley que permite a los médicos mantener a los enfermos terminales bajo el efecto de sedantes hasta el momento de su muerte deteniendo cualquier tipo de tratamiento que prolongue su vida de manera artificial, mientras que instituciones como el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha ido un poco más allá con el análisis de la Eutanasia no solo en caso de enfermedades terminales sino también en los eventos de situaciones irreversibles que si

bien no llevan a una muerte inminente, deterioran las condiciones de vida digna a las que toda persona tiene derecho. El debate internacional ya no se centra el concepto de Eutanasia ya sea pasiva o activa, sino en los límites de la misma, Colombia no puede apartarse de las necesidades mundiales así como no puede continuar arrebatándole al individuo el manejo de su propia vida como un derecho e imponiéndole su existencia como una obligación.

En conclusión, de acuerdo a la postura que ha adoptado la Corte Constitucional y a la interpretación que del ejercicio de sus funciones se desprende, el Estado tiene el deber de proteger la vida siempre que ésta sea compatible con el respeto a la dignidad humana (fundamento del derecho penal según la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal) y al libre desarrollo de la personalidad, derechos vulnerados por el artículo 106 del código penal cuando media la bienes jurídicos de posible disposición del paciente en estado terminal decide morir y sobre el cual solicitamos nuevamente se examine y determine su inexequibilidad, pues la declaración hecha por la Corte en 1997 no se ha hecho efectiva y la vulneración de los derechos invocados continúa siendo ignorada por el legislador y la sociedad.

### **COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4, según el cual dicho tribunal decidirá “sobre las demandas de inconstitucionalidad que

presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación”.

**NOTIFICACIONES**

Recibiremos notificaciones en la Calle 54 No. 23-22, Barrio Nuevo Sotomayor, Bucaramanga, Santander, Colombia. Teléfonos: 3016394625

Con nuestros mayores sentimientos de consideración y respeto por esa alta Corporación de Justicia.

**ANDRES EDUARDO GONZALEZ MONTERO**

C.C 1.095.915.797 de Girón

**DARLIN FABIOLA SANTAMARÍA AVELLANEDA**

C.C.1.098.705.782 de Bucaramanga.

## 5. Conclusiones

Desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial la regulación legislativa del homicidio por piedad contiene vacíos normativos que le atribuyen ambigüedad en su interpretación pues como se nombró anteriormente carece de antijuricidad material, pues en términos del caso concreto cuando interviene la decisión del sujeto pasivo de la conducta mediante la autonomía de la bienes jurídicos de posible disposición priva el tipo penal de ésta característica. Aunque la jurisprudencia la corte constitucional intercedió al regular de manera expresa los casos en los cuales se puede aceptar o bien despenalizar la realización esta conducta penal (homicidio por piedad) permanece la incertidumbre en el sentido de la interpretación que los jueces deberían hacer si se basaran en la ponderación establecida por Robert Alexy, la cual les permitiría identificar las causas y los motivos volitivos que llevan a las partes a cometer el acto.

La Eutanasia continúa siendo un tema tabú en la sociedad y la ley colombiana, sin importar cuántas veces se cuestione el carácter no absoluto de los derechos fundamentales y la ponderación a la que deben someterse cuando están enfrentados, los prejuicios culturales y religiosos dificultan el avance legislativo del país. La falta de acuerdo entre los poderes públicos respecto del tema está afectando directa y seriamente al ciudadano que sólo busca el reconocimiento de los derechos que el estado debe garantizarle.

Para un juez de la república resulta bastante tedioso ordenar procedimientos reconocidos por la Corte Constitucional pero salidos de la ley mientras el Congreso no se pronuncie al respecto. El hecho de que Colombia como Estado Social de Derecho permita que los preceptos religiosos condicionen el correcto funcionamiento de la ley y el desarrollo de la misma en cuanto a los temas

que las iglesias consideran contrarios a sus juicios de valor deja en entredicho la garantía de Estado Laico promulgado en la Constitución Política de 1991.

El derecho a morir dignamente no debe interpretarse como un homicidio cuando la bienes jurídicos de posible disposición de un ser humano plenamente consciente de su condición opta por ponerle fin a un sufrimiento intenso que deteriora no sólo su calidad de vida sino la de personas allegadas que resultan moralmente afectadas. La vida no puede ser interpretada de manera superficial porque cada individuo le otorga su propio significado, significado protegido por la esfera de otros derechos fundamentales merecedores del mismo respeto y protección que la vida tal y como se propone explicar la literatura como parte básica en la formación del pensamiento.

Es necesario que nuevamente la Corte Constitucional Colombiana exhorte al Congreso a regular los protocolos y procedimientos de la Eutanasia en aras de garantizar el ya reconocido derecho a morir dignamente, puesto que mientras dichos protocolos brillen por su ausencia y el homicidio por piedad continúe tipificado sin el eximente correspondiente que se señaló en el cuerpo de trabajo cuando no se configura la anti-juricidad del hecho, los jueces permanecerán al borde de la ilegalidad realizando interpretaciones erróneas en casos difíciles y ordenando la garantía de derechos que por vía legal terminarían siendo un delito.

Consideramos, sin comprometer lo aprendido en las aulas de clase de nuestra alma mater, la Universidad Santo Tomás y su cuerpo docente, que la Eutanasia es la máxima expresión de la protección al derecho de la dignidad humana cuando las condiciones de vida impiden el disfrute de la misma, cuando todos los mecanismos tendientes al “bienestar de los ciudadanos colombianos” que implementa el estado social de derecho, son inútiles y sólo derivan en el sufrimiento que significa ser obligado a vivir.

**Referencias Bibliográficas.**

- AGUILAERA PORTALES, Rafael E & GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín (2012) Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia. Revista de la Facultad de Derecho N° 69, 2012, PP 151-168. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ALDONEY RAMÍREZ, Rodrigo (2005) Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal Universidad de Huelva, España. Volumen 16, Pp. 1-3.
- ALEXY, Robert. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung (1983). Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo como "Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica" (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).
- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Sobre "Eutanasia y Derechos fundamentales", recensión del libro de Fernando Rey Martínez. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194. 2008. Núm 10-r3, p. r3:1 – r3:8
- BELTRAN, Miquel. (1986) La noción de Interpretación en Dworkin. Artículo para la Revista

“Taula”, Quaderns de Pensament N°6. Pp 57 – 62. Universitat de les Illes Balears.

BETANCOURT DAJUD, María Paula (2009) La eutanasia en Colombia. Tesis para optar por el título de Abogado. Universidad de Cartagena, Colombia.

CARPIZO, JORGE & VALADÉS, DIEGO. Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie ESTUDIOS JURIDICOS, Núm. 125-. Universidad Autónoma de México, México 2008. Primera Edición.

Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000

Constitución Política de Colombia, 1991. Promulgada mediante Gaceta Constitucional Número 114, Domingo 7 de Julio de 1991.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 67 de 1998 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, marzo 5 de 1998

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 045 de 1996 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, Febrero 8 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 221 de 1994 Magistrado Ponente Carlos Gaviria

Díaz. Mayo 5 de 1994

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 239 de 1997, Magistrado Ponente Carlos Gaviria

Díaz. Bogotá, Mayo 20 de 1997

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 355 de 2006, Magistrado Ponente Jaime Araujo

Rentería. Mayo 10 de 2006

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 578 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo

Cifuentes Muñoz. Bogotá, Diciembre 4 de 1995

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 642 de 1998 Magistrado Ponente Eduardo

Cifuentes Muñoz, Bogotá, 5 de noviembre de 1998

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 401 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo

Cifuentes Muñoz. Bogotá, Septiembre 12 de 1994

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 516 de 1998 Magistrado Ponente Antonio

Barrera Carbonell. Septiembre 21 de 1998

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 970 de 2014 Magistrado Ponente Luis Ernesto

Vargas Silva. Diciembre 15 de 2014

Derecho a morir tratamiento jurídico penal de la Eutanasia en la legislación Chilena y

Comparada. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención Derecho Penal.

Autor: Alberto Ortega Girón. Universidad de Chile, Facultad de Derecho – Escuela de Graduados. Santiago, Chile, 2008.

DWORKIN, Ronald (1977) Los derechos en serio (Taking Rights Seruiously), Traducción Marta Guastavino, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1.984

ESCOBAR TRIANA, JAIME MD. Morir como ejercicio final del derecho a una vida digna. 2da Edición. Colección Bíos y Ethos, Ediciones El Bosque. Editorial Kimpres Ltda. Santa fe de Bogotá, Colombia. Febrero de 2000.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos, (2001) Rescate de la dignidad. Archivo Digital de “El Tiempo”. Fecha de Publicación: 11 de febrero de 2001, recuperado el 29 de marzo de 2015.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. La Eutanasia, Fundamentos ético-jurídicos para despenalizar el homicidio piadoso-consentido. Revista Consigna, edición 468- año XXV-II trimestre, 2001. Fundación Universitaria del Área Andina

HINTERMEYER, Pascal (2010) La Eutanasia: una cuestión de dignidad. Editorial Dialogo, Valencia, España.

HUME, D., “Sobre el suicidio”, *Sobre el Suicidio y otros Ensayos*”, traduc. Carlos Mellizo,

Alianza, Madrid, 1988.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006) *El Derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Bogotá.

LOZANO VILLEGAS, Germán (S.F) *La eutanasia activa en Colombia: algunas reflexiones sobre la jurisprudencia Constitucional*. Biblioteca Jurídica Universidad Autónoma de México. Recuperado el día 10 de abril de 2015 URL: [biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/9.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/9.pdf)

MADRIGAL ZAMORA, Roberto (2005) *Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia*. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal Universidad de Huelva, España. Volumen 16, Pp. 10-12.

MÁRAI, Sándor (1935), *Divorcio en Buda*, Ediciones Salamandra, Barcelona (2002)

MÁRAI, Sándor (1942), *El último encuentro*. Ediciones Salamandra, Barcelona

MARTINEZ ZAMORA, Nurmy C. (2007) *Dilemas éticos de la eutanasia*. Publicado: 24/09/2007. *Ética, Bioética. Ética médica. Ética en Enfermería*. Recuperado el 18 de abril de 2015 de la fuente:

NAVAS CORONA, Alejandro. (2003) *Tipicidad y Derecho Penal, Enfoque del Código Penal*.

Ley 599 de 2000. Editorial SYC Ltda, Bucaramanga

NIETO, Judith. (2010) *Divorcio en Buda, una noción de justicia en la ficción*. Revista de Derecho No. 33. Universidad del Norte, Barranquilla. Recuperado el día 4 de mayo de 2015 de la fuente:

NIÑO, Luis Fernando (2005) Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal Universidad de Huelva, España. Volumen 16, Pp. 3-6.

NOMBELA Cano Cesar, LÓPEZ Timoneda Francisco, SERRANO Ruíz-Calderón José Miguel, POSTIGO Solana Elena, ABELLÁN Salort José Carlos, PRENSA Sepúlveda Lucía (2008) La Eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica. Universidad de Navarra, Observatorio Matrimonio y Familia. Recuperado el día 28 de marzo de 2015

NUSSBAUM, Martha (1997), Justicia Poética. Editorial Andrés Bello, Barcelona

NUSSBAUM, Martha (2006) El Ocultamiento de lo Humano, Katz Editores Buenos Aires.

PERELMAN, Chaïm (1974), La interpretación Jurídica. Editor LUZ – Facultad de derecho Madrid

ROJAS ASMANDI, Víctor Manuel. (S.F) El concepto de Derecho de Ronald Dworkin. Artículo

parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Recuperado el día 20 de Marzo de 2015.

SERRANO RUIZ-CALDERON, José Miguel, Eutanasia y derechos humanos. Anuario de Derechos humanos, ISSN 0212-0364, N°1, 2000. Págs. 387-404. Universidad Complutense de Madrid, 1981.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. (2007) La Eutanasia. Editorial S.A EIUNSA. Ediciones Internacionales Universitarias. Navarra, España

VARGAS DUQUE, Gabriel Eduardo (2013) Casos difíciles en el derecho. Revista de filosofía Conceptos, Número 3, Febrero de 2013. Universidad de Cartagena

VARGAS DUQUE, Gabriel Eduardo (2011) ¿Hay un dilema entre libertad e igualdad? Revista Praxis Filosófica N°32 pp. 163-173. Universidad del Valle

VIDAURRI ARECHIGA, Manuel (2005) Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia. Sistemas Penales Comparados. Revista Penal Universidad de Huelva, España. Volumen 16, Pp. 17-19.

ZULGADIA ESPINAR, José Miguel. “Algunas consideraciones sobre la eutanasia en las

legislaciones penales de Colombia y España”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 14, Núms. 2-3, mayo-diciembre de 1987.