

WILLIAM ARLEY RENGIFO VARONA

**LA DISPONIBILIDAD DEL DERECHO A LA VIDA
(Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y
Criminológicas 2016 - 2017)**

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON
ÉNFASIS EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS 2016 - 2017

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento

Derecho Penal: **Dr. Jaime Bernal Cuellar**

Director de Tesis: **Dr. William Monroy Victoria**

Presidente: **Dr. William Monroy Victoria**

Examinadores: **Dra. Carmen Eloísa Ruiz**
Dr. Diego Corredor Beltrán

A mi hijo Daniel Felipe, el motor de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

En estas cortas líneas quiero agradecer de una manera muy especial y con el mayor afecto al doctor William Monroy Victoria, quien siempre estuvo presto a colaborar para que este documento culminara de la mejor manera.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vii
JUSTIFICACIÓN	x
HIPÓTESIS	xii
METODOLOGÍA	xiii
1. TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO	1
1.1 CONCEPTO	2
1.2 BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES E INDISPONIBLES	19
1.3 LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO INDISPONIBLE	26
2. CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO VIDA	31
2.1 LA VIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	32
2.2 LA VIDA EN SU VERTIENTE POSITIVA Y NEGATIVA	37
2.3 LA VIDA EN RELACIÓN LA DIGNIDAD HUMANA	40
2.4 LA VIDA EN RELACIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD	45
3. EL DERECHO COMPARADO	51
3.1 HOLANDA	52
3.2 BÉLGICA	59
4. IMPLICACIONES PENALES FRENTE A TERCEROS	63
4.1 NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y NECESIDAD DE LA PENA	64
4.2 CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO	70
4.3 DEL HOMICIDIO POR PIEDAD Y LA INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO	73
5. REGULACIÓN DE LA EUTANASIA EN COLOMBIA	81
5.1 CONCEPTUALIZACIÓN	81

5.2 EL CONSENTIMIENTO EN LA EUTANASIA	89
5.3 LA EUTANASIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
COLOMBIANO	94
ANÁLISIS DE CASO, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	107
ANÁLISIS DE CASO.....	107
CONCLUSIONES	110
RECOMENDACIONES	117

INTRODUCCIÓN

En el presente documento se tratan varias cuestiones que resultan complejas para el derecho y que aún no han sido abordadas completamente en Colombia, relacionadas con la muerte digna y todo lo que gira en torno a ésta. Como es sabido, hoy en día la eutanasia se encuentra penalizada, siendo sólo permitida en algunos casos y bajo estrictos requisitos. Con lo cual, se puede afirmar, que vivir se convierte en una obligación, aun en situaciones que dan al traste con la dignidad humana. Por lo que es necesario indagarse si en determinadas circunstancias la vida puede ser disponible por su titular y sí es necesaria la respuesta del poder punitivo respecto de todas aquellas conductas que atenten contra este bien jurídico, incluidas las que conllevan móviles altruistas.

Surge entonces un tema de interés para la academia que no puede ser afrontado de manera apresurada, sino que debe indagarse dentro del contexto en el cual se desarrolla, de tal forma que se logre arribar a una solución responsable. En ese entendido, la labor emprendida es desarrollada de la manera más objetiva posible, de tal forma que no se terminen infringiendo principios fundamentales imperantes en el Estado Social y de Derecho, pero que tampoco conlleve a sacrificar injustamente derechos de los asociados.

Así las cosas, como problema de investigación se plantea el siguiente: ¿la muerte digna legitima conductas que atentan contra el bien jurídico vida, ya sean ejecutadas por parte de su titular o por terceros?

Para dar respuesta al anterior interrogante, se señala como objetivo general establecer el contenido del bien jurídico vida y su relación con los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la libertad, a fin de poder determinar si es disponible por su titular;

si existe el derecho a morir; si vivir es una obligación, y; si el uso del *ius puniendi* resulta necesario frente todas aquellas conductas que lesionen este bien jurídico.

De esta forma se desarrollan cinco capítulos, tendentes a dar respuesta al problema de investigación y alcanzar el objetivo general. En el primero se aborda lo concerniente a la teoría del bien jurídico, a efectos de encontrar los fundamentos que legitiman al Estado para su protección, al igual que para poder determinar el por qué algunos resultan ser disponibles y otros no, como la vida. Además, permite establecer criterios de arbitrariedad en materia de protección de bienes jurídicos, y, muestra como bajo ciertas circunstancias, un bien que en principio era indisponible por su titular termina siéndolo para cuando sus intereses vencen a los del Estado.

En el segundo capítulo se indaga sobre el contenido de la vida, estableciendo varias cuestiones trascendentales, entre ellas, su vertiente negativa y su relación con otros derechos como la libertad y la dignidad humana. Además, se relacionan los aspectos jurídicos y bioéticos que giran en torno al tema, los cuales permiten establecer que la vida no sólo es objeto de protección como derecho sino también como valor, y que, la muerte digna es un género que abarca prácticas como la eutanasia y el suicidio asistido. Todo lo cual entrelazado con el capítulo primero, vislumbra que realmente el Estado no puede convertir la vida en un deber y que el amparo que éste brinda no es absoluto, pues en casos excepcionales dicho bien jurídico resulta ser disponible por su titular.

En el capítulo tercero, se hace un análisis desde el derecho comparado, tomando como referencia especialmente el caso de Holanda y Bélgica, a fin de llevar a cabo no sólo una comparación, sino de aprehender algunos aspectos importantes en la regulación del tema, como la posibilidad de la muerte digna para sujetos con patologías mentales o en menores de edad. Además, de los importantes aportes dogmáticos que desde la jurisprudencia foránea se han realizado, como la posibilidad de aplicar el estado de necesidad justificante o el exculpante, o, la no necesidad de la pena respecto de

conductas como el homicidio por piedad o la cooperación en el suicidio por motivos altruistas.

En el cuarto capítulo se estudia el tema de las implicaciones penales que se generan respecto de aquellos terceros que con o sin el consentimiento del sujeto pasivo, movidos por la piedad y para refrendar la dignidad humana terminan poniendo fin a la vida de éste, o, de aquellos que por iguales móviles ayudan en el suicidio de aquel. Logrando establecer que la tutela del bien jurídico vida en concreto, no permite tener como punibles estos comportamientos, pues no atentan contra los fines de la sociedad. Y, que, cuando medie consentimiento del titular del derecho, se debe de reconocer la causal eximente de responsabilidad penal denominada “consentimiento del sujeto pasivo”.

En el quinto capítulo se analiza la regulación de la eutanasia en Colombia, tomando como referentes obligatorios los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, quien desde el año 1997 ha insistido en ello, pero ha sido ignorada hasta la fecha por parte del Congreso de la República. No obstante, con los fallos de esta Alta Corporación y las resoluciones del Ministerio de Salud, se logra obtener una visión en concreto de lo que actualmente existe en la legislación colombiana. Donde efectivamente el derecho a morir existe, pero condicionado al padecimiento de una enfermedad terminal y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos; de todo lo cual se pudo vislumbrar no sólo una regulación incompleta, sino ineficaz, en cuanto la regulación de un derecho fundamental debe de llevarse a cabo mediante Ley Estatutaria, la cual hasta el momento no existe.

Finalmente se hace el estudio de un caso sucedido para el año 2007 en el Departamento de Antioquia, que no sólo deja entrever lo complejo del tema objeto de investigación, sino que permite confrontar todos los planteamientos expuestos, sobre todo en lo que tiene que ver con la sobreprotección del bien jurídico vida que actualmente existe en el Código Penal Colombiano al tipificar conductas como el homicidio por piedad o la

inducción o ayuda al suicidio, lo cual resulta gratificante, pues entonces el trabajo no ha sido en vano; por otra parte, también se realizan unas conclusiones que convergen con las hipótesis planteadas y se realizan algunas recomendaciones, las cuales no pretenden bajo ninguna circunstancia convertirse en referentes obligatorios a seguir, sino en aportar apreciaciones a la academia y a la discusión sobre estos aspectos, que resultan complejos para el derecho.

JUSTIFICACIÓN

Con la evolución de la sociedad, subyacen para el derecho un sinnúmero de circunstancias que si bien, en principio, se tornan como problemáticas, son las que permiten su evolución, en tanto no sólo conllevan su adaptación al medio, sino que lo erigen como la disciplina que por excelencia está llamada a resolver las controversias que se suscitan al interior de la comunidad. En ese entendido, el derecho debe hacer frente a estas circunstancias de una manera racional y razonable, de tal forma que las posibles soluciones que surjan, se perciban como legales y legítimas, es decir que a más de estar conforme con el ordenamiento jurídico, sean aceptadas por la comunidad.

Lo ideal para cualquier sociedad, es que dentro de su ordenamiento jurídico se encuentren las herramientas con las cuales se puedan abordar todas las problemáticas surgidas. Sin embargo, habrá algunas cuestiones que sugieren una atención especial, bien por la complejidad que implican o porque no se hallan regladas de una manera muy clara, como es el caso a tratar, esto es: La disponibilidad del derecho a la vida. Lo cual de entrada conlleva la discusión sobre aspectos morales, éticos, jurídicos, religiosos, culturales, entre otros, que, chocarán directa o indirectamente, sin que se pueda evidenciar una solución pacífica al tema.

Sin duda alguna la muerte resulta ser un tabú, la vida es concebida siempre en su vertiente positiva, más nunca en su vertiente negativa. El sólo hecho de pensar en poner fin a la propia existencia, de entrada genera juicios de distinta índole, donde unos,

generalmente de corte religioso, abogan por su conservación a toda costa, en tanto que otros, apelan por el reconocimiento del derecho a morir. Debiendo cuestionarse, si no se somete a tratos crueles, inhumanos o degradantes a aquellas personas que no se les permite tener una muerte digna, por cuanto a pesar de encontrarse frente a padecimientos graves e incurables, no sufren una enfermedad terminal o porque no pueden manifestar su consentimiento, como quienes se encuentran en estado vegetativo.

En el desarrollo de este documento se vislumbra implícitamente la complejidad que trae consigo el desarrollo del tema abordado, pues en lo que al derecho penal atañe, se deberán tratar figuras como la necesidad de la sanción penal frente a conductas como el homicidio por piedad o la inducción o ayuda al suicidio por motivos altruistas, en tanto pareciera existir una contrariedad en la Ley 599 de 2000; así como el estudio de dos eximentes de responsabilidad penal que podrían operar en materia de muerte digna, como el consentimiento del sujeto pasivo y el estado de necesidad (justificante o exculpante). Lo cual hasta el momento no ha sido objeto de estudio íntegro en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por otra parte, se observa que la muerte digna contiene varios elementos que requieren ser precisados, pues no puede estar condicionada en todos los casos al consentimiento del enfermo, dado que bajo esa premisa, la práctica eutanásica sería ajena a varias situaciones, como en aquellas donde quien padece los sufrimientos se encuentra bajo una patología mental y su capacidad de discernir ha sido anulada. Además, el morir con dignidad no puede condicionarse al padecimiento de una enfermedad terminal, pues existen patologías físicas o mentales que siendo incurables no son terminales, pero que igualmente causan sufrimientos insoportables, donde la muerte es vista como la única salida.

Pese a que desde el año 1997, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República a regular el tema de la muerte digna, éste ha hecho caso omiso y se cuenta

con una regulación del ejecutivo que tiene dos problemas importantes, pues además de estar incompleta, es contraria a la Ley, en tanto si la eutanasia consta como delito en el Código Penal, no puede despenalizarse mediante resoluciones. De tal suerte, que se justifica ahondar en el tema, para que se obtengan insumos importantes que permitan una regulación íntegra por parte del legislador, cuando al fin quiera hacerse cargo del asunto.

Así las cosas, por lo pronto la tarea debe darse desde la investigación académica, en tanto se trata de un asunto donde se ven involucrados varios factores, que van desde lo moral hasta lo legal. Pretendiéndose desarrollar una propuesta seria que permita brindar a la sociedad en general una ilustración al respecto. De tal forma que el material que resulte no sólo genere conciencia sobre el tema en la comunidad académica, sino entre todos los asociados.

HIPÓTESIS

- a. El reconocimiento de la muerte digna conlleva que el Estado cese su interés por proteger el bien jurídico vida, ya sea que éste sea lesionado directamente por su titular o por parte de un tercero.
- b. La vida es un bien jurídico indisponible por su titular, pero no de una manera absoluta, pues cuando ésta entra en conflicto con la dignidad humana, la disposición del derecho se extingue para el Estado y queda librado a la autonomía de la persona, para quien surge el derecho a morir.
- c. Cuando nace el derecho a morir, éste puede ser ejercido directamente por su titular o con la ayuda de un tercero, caso en el cual no le asistirá sanción penal alguna, pues en estos casos se está ante la causal de justificación denominada consentimiento del sujeto pasivo.

- d. Conductas como el homicidio por piedad o la ayuda al suicidio deben ser excluidas de la legislación penal, pues no existe necesidad de protección del bien jurídico frente a éstas, en tanto no atentan contra los fines del Estado y por el contrario refrendan la dignidad de las personas.
- e. La ley 599 de 2000 contiene una contradicción al consagrar como delito el homicidio por piedad y la ayuda al suicidio por motivos altruistas, pues no se tornan compatibles con el principio de necesidad de la pena, visto sobre todo desde la función resocializadora.
- f. La muerte digna contiene dos esferas: una que involucra el derecho a morir, caso en el cual es indispensable el consentimiento del titular del derecho, aunque sea de manera indirecta y; otra, que prescindiendo de dicho consentimiento, resulta legítima por cuanto se ayuda a morir a otro en cumplimiento del deber de solidaridad que compete a todos.
- g. En Colombia existe sobreprotección del bien jurídico vida y la regulación actual además de ser incompleta, es ilegal.

METODOLOGÍA

La presente investigación surge de la reflexión respecto de algunos casos reales que culminaron con prácticas suicidas y otros donde aún se clama al Estado por la aplicación de la eutanasia, lo que conllevó a realizar estudios en la normatividad actual y en las investigaciones en torno al tema, evidenciando un vacío en la regulación de la muerte digna, surgiendo entonces la pregunta respecto a si ésta (la muerte digna) en determinados casos legitima conductas que dan al traste con el derecho a la vida. Planteándose entonces varias hipótesis afirmativas frente a ello, para lo cual se estableció una tabla de contenido como un desarrollo lógico y coherente de distintos capítulos que abordan aspectos como la teoría del bien jurídico, el contenido del

derecho a la vida, los desarrollos en el derecho comparado, las implicaciones penales frente a terceros y la eutanasia. Donde se acudió a fuentes primarias y secundarias, permitiendo a lo largo del documento realizar propuestas pertinentes que al final se vieron condesadas en unas conclusiones y recomendaciones para el Estado Colombiano.

En ese sentido se optó por una metodología de carácter cualitativa propositiva a partir del Análisis Documental, como principal método para la selección, recolección, organización, procesamiento y análisis de información. Así como también se establece el análisis de caso.

En ese sentido, la metodología propuesta comprende dos ejes fundamentales: el primero de ellos refiere a la recolección de información pertinente al tema objeto de estudio, que permita definir conceptos como el bien jurídico, el derecho fundamental a la vida, eutanasia, distanasia, el ensañamiento terapéutico, entre otros; el segundo comprende el análisis de la información recolectada, a fin de poder resolver cuestiones trascendentales en el fin propuesto, como la posibilidad de considerar el derecho a la vida como un bien jurídico disponible cuando entre en conflicto con la dignidad humana; para abordar el estudio de caso, se hace un análisis de éste en consonancia con la información recolectada y el examen hecho a la misma, a fin de poder conceptualizar sobre el tema debatido.

Se intenta establecer aquí un estudio de caso que manifieste, la descripción, análisis y explicación del ¿qué?, ¿por qué? y ¿cómo? en el objeto de estudio; teniendo presente a los agentes relacionados, el contexto en que se desarrolla, los antecedentes del tema, los valores y principios en conflicto a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Para tal fin, se recurre a herramientas como la revisión y recolección de literatura, de tipo especializada en temas como los derechos fundamentales, la bioética, pasando por la legislación nacional e internacional, sobre todos los temas antes mencionados.

Dada la importancia que resulta para un proyecto de investigación la jurisprudencia de las altas cortes, se aborda el estudio de algunas sentencias de constitucionalidad, como la sentencia C- 239 de 1997 y la sentencia C-355 de 2006, entre otras proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela. Así como algunas emanadas de la Corte Suprema de Justicia, que contribuyen a fundamentar los distintos temas propuestos.

1. TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Una de las cuestiones más complejas que se encuentran en el derecho penal es el poder determinar su legitimidad y su esencia, pues mientras unos señalan que ello deviene de la protección de bienes jurídicos, otros lo sitúan en la protección de las normas y la confirmación del orden jurídico. Se toma partido por la primera postura, pues se considera que si desaparece tal fin, no habría razón de ser del Estado en el uso del *ius puniendi*, en tanto, las sanciones deben tener como propósito el amparo de aquellos valores y derechos que hacen posible la vida en sociedad. Aquel es un elemento que llena de contenido al derecho penal, que lo orienta para no perder su norte y que lo limita para no terminar en arbitrariedades¹. Así, se hace necesario realizar una aproximación a la teoría del bien jurídico, para aterrizar los resultados al bien jurídico vida, en torno al cual giran grandes discusiones como las que se pretenden dilucidar a lo largo de este documento.

No son pocos los interrogantes que emergen al abordar aquella “figura”, pues es claro que en determinadas circunstancias es fundamento al legislador en la creación de tipos penales, en otras, determina la menor o mayor gravedad de la sanción, ora, para precisar la necesidad de la pena. Surgiendo entonces cuestionamientos importantes para los fines de esta investigación, a saber: ¿cómo se determinan los objetos de protección y qué finalidad se busca con ello? ¿Existen bienes jurídicos con mayor peso que otros? ¿El derecho penal es la única forma de proteger dichos bienes? ¿El menoscabo de aquellos conlleva necesariamente a la degradación de la sociedad? ¿Existen bienes

¹ Incluso, aun partiendo de la acción como base de la teoría del delito, al final ésta termina relacionándose con el fin señalado, pues el significado del comportamiento que merece reproche penal, lo es por tanto existe una norma que permite tal cuestión, la cual en últimas lo que protege es un bien jurídico.

jurídicos que son objeto de sobreprotección?; Aclarando en todo caso que el problema no consiste en determinar si es necesario o no la creación de normas para la protección de los derechos de las personas que pertenecen a determinada sociedad, pues tal y como se verá, frente a ello el panorama no es tan complejo (incluso desde la época primitiva), sino en precisar cuáles derechos merecen protección, en qué medida y por qué razón.

Todo esto permitirá, en principio, comprender el por qué el bien jurídico vida ha sido precisado por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia como indisponible², al punto que mediando aquiescencia de su titular para su afectación por parte de un tercero, no tendría cabida la causal eximente de responsabilidad penal denominada consentimiento del sujeto pasivo, y, el por qué se tipifican como delito conductas como el homicidio por piedad o la inducción o ayuda al suicidio. Pudiendo sentar juicios propios al respecto, los cuales es posible que no armonicen con los del pensamiento jurídico contemporáneo, en tanto lo que se avizora es que la regulación actual que el Estado le otorga al mentado derecho, en gran parte no corresponde a los criterios objetivos que aquí se pretenden plasmar.

Ello deviene en la necesidad de establecer como primera medida un concepto del bien jurídico, para lo cual se tendrán en cuenta los aportes que desde la filosofía se puedan dar, así como los realizados por la doctrina jurídica pertinente.

1.1 CONCEPTO

Se debe comenzar por señalar que desde las civilizaciones más primitivas, el hombre en sociedad constantemente ha buscado protegerse de forma mutua, no sólo en su vida o en su integridad física, sino también en aquellas cosas que de una u otra manera hacer

² El consentimiento dado por su titular para su lesión se torna ineficaz ((Juanatey, 1994, p. 349)

mejor su existencia. De tal suerte que, es posible afirmar que la trilogía norma, sanción, protección siempre ha existido, pues se intenta proteger algún interés o valor cuyo menoscabo podría afectar no sólo al individuo sino también a la comunidad. Así por ejemplo, si se observa desde el Código de Hammurabi, se establecía la ley del talión como la forma de retribuir el mal causado, ojo por ojo diente por diente. Es decir, no hay discusión en que desde esas formas de organización incipientes hasta la actualidad ha existido consenso en la necesidad de castigar aquellas conductas que atentan contra el orden social (Reyes, 1972, p.19).

Así las cosas, si como se señaló, desde estas formas de organización, la creación de normas y las correspondientes sanciones han tendido a proteger algún interés particular o común, podría indicarse que desde aquellos tiempos remotos, ya se tenía claridad en que el fin del derecho penal era la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, ello no resulta tan sencillo de comprender, hasta tanto no se logre una definición más o menos adecuada de lo que debe entenderse por tal figura (la de bien jurídico), independientemente de las conclusiones a las que se arriben al final de esta investigación.

En dicha labor, si se remonta a los presocráticos, se observa que aquellos filósofos de la antigüedad, no estaban tan preocupados en indagar por cuestiones como el Estado, la familia o los derechos que les pudiesen pertenecer, sino más bien en el origen de las cosas (el arjé), la esencia de la materia (Galves, 2011, p.4), por lo cual, sin desmeritar bajo ninguna circunstancia sus maravillosos aportes, se dirá que en estos discernimientos no se encuentran mayores contribuciones a la teoría del bien jurídico.

De otro lado, si de manera somera se busca en la obra de Platón, esto es la República, no se haya respuesta al interrogante de una forma precisa, incluso algunos dirán que en absoluto. Sin embargo, de uno de los diálogos, cuando Trásimaco sostiene que la justicia es el interés del más fuerte, se percibe una realidad de actual, en tanto es

altamente probable que el contenido del bien jurídico corresponda con ese criterio de justicia en la época contemporánea.

Y así, cada gobierno establece las leyes en su propio interés: la democracia, las democráticas; la monarquía, las leyes monárquicas, y así los demás Estados. Y una vez establecidas esas leyes, declaran que eso es justo, en interés para ellos, y si alguno las viola lo castigan como violador de las leyes y de la justicia (Platón, 2004. p. 113).

Sin perjuicio de la réplica de Sócrates frente al anterior argumento y su concepción de un gobierno justo, desde un punto de vista ontológico, se puede señalar que en varias ocasiones el bien jurídico termina siendo lo que considere el gobierno de turno, convirtiéndose en temas de populismo punitivo, desprovisto de cualquier fundamento dogmático. Así, si bien en tan magnífica obra no se encuentran elementos que permitan realizar una precisión conceptual respecto del bien jurídico, si es dable indicar que, con cierto atino, dentro de la trilogía que líneas atrás se precisó, la norma que tipifica la conducta, en muchas ocasiones corresponde al capricho de los gobernantes, es decir, la ley del más fuerte³, que en muchos casos su contenido no va más allá del discurso punitivo que enmascaran.

Por otra parte Aristóteles en la “Política” muestra al Estado como un hecho natural, el cual deviene de aquella necesidad del hombre de asociarse, en busca de un fin y de una felicidad, cual es el mismo Estado, aquella comunidad política donde el ser humano alcanza su máxima expresión. “El bien supremo del Estado es la unión de sus miembros, porque evita toda disensión civil” (Aristóteles, 2004. p. 125). En dicha obra se empieza a observar tal vez el contenido material del bien jurídico, es decir, el fin que se busca con su protección. Así, tal y como se acabó de señalar en Aristóteles el fin

³ No se abordan otros aspectos de la República, como por ejemplo, la conformación del Estado, por cuanto para lo que se busca, esto es, una aproximación al concepto del bien jurídico, poco aporta.

último del ser humano es el Estado, el cual tiene su génesis fundamentalmente en la familia, por lo cual conductas como la infidelidad conyugal deben ser castigadas. Y ello debe de ser así, dentro del contexto de la época, por cuanto se trata de hechos que atentan contra el Estado y por tanto contra las personas.

Si lo que se quiere es hallar justificación a la protección de bienes jurídicos a través de tipos penales, en principio se puede decir que aquellos deben corresponder a los intereses que emergen comunes dentro de la sociedad y cuyo menoscabo podría dar al traste con ésta, de tal suerte que la trilogía - norma, sanción, protección - tenga un contenido material y no meramente formal. Ello se desprende de la obra que se viene tratando, de la cual subyace un elemento adicional y trascendental para el concepto del bien jurídico, cual es la necesidad de protección.

Y así, en la esfera de la justicia humana, la penalidad, el justo castigo del culpable, es un acto de virtud, pero también es un acto de necesidad, es decir, que no es bueno sino en cuanto es necesario; y sería ciertamente preferible que los individuos y el Estado pudiesen pasar sin la penalidad” (Aristóteles, 2004, p. 309).

Es decir, un interés debe ser objeto de protección sólo si es necesario. La necesidad debe surgir de criterios objetivos y no de posturas moralistas o religiosas, pues de lo contrario se terminará castigando conductas irrelevantes frente al contenido material de protección. Así, si se cita al maestro Raúl Eugenio Zaffaroni, cuando en su obra “La Cuestión Criminal” alude a San Agustín, se dirá que es conveniente abandonar aquellos pensamientos que llevan a pensar en dos bandos: “uno de Dios y otro de Satán, la ciudad de Dios y la del diablo”. (Zaffaroni, 2013, p. 32). No obstante este punto será tratado con mayor detalle más adelante, cuando se aborden temas como los bienes jurídicos disponibles e indisponibles.

Con lo dicho hasta ahora, se puede precisar que el bien jurídico corresponde a aquellos intereses que resultan necesarios en su protección por cuanto contribuyen a salvaguardar propósitos comunes y que su contenido no es arbitrario ni caprichoso,

sino material y objetivo. Esto tomando como referencia sobre todo a los filósofos griegos a los que se han hecho referencia, o incluso al mismo Santo Tomás de Aquino, quien siguió la doctrina aristotélica (De, 2013, p. 37). Sin embargo, lo anterior contribuye en labor emprendida de una manera primigenia y como génesis del concepto, es un gran avance. No obstante, se debe aclarar, que bajo ninguna circunstancia se pretende aseverar que el concepto se agota desde aquellas doctrinas remotas, sólo que como se acabó de observar, en ellas se percibe que siempre los seres humanos en sociedad han buscado proteger intereses comunes.

Sin perjuicio de lo anterior, si se quiere acuñar el concepto del bien jurídico a determinada doctrina, se cree que ello debe de realizarse en relación con las teorías del contractualismo⁴, por cuanto a partir de éstas es posible hablar de una reciprocidad jurídica entre los ciudadanos y el Estado, con ocasión del denominado pacto social. El cual no debe entenderse en el sentido estricto de la expresión, sino tan sólo como una manera de explicar lo que debería suceder en la mayoría de las democracias, donde la voluntad general expresada a través de ciertos procesos, mantiene vivo el orden jurídico y las instituciones.

Así, al dar una mirada a la obra de Tomás Hobbes, se empieza a encontrar una explicación racional del surgimiento del Estado y a la implementación del régimen jurídico para su conservación. Se plantea la transición de un estado de naturaleza a un estado artificial, del cual surge la necesidad del ser humano de escapar de aquel caos donde no hay ley ni justicia. Es importante lo plasmado por este autor, en tanto, una teoría del bien jurídico sólo puede tener cabida en ese mundo metafísico que surge a partir del pacto social, pues sólo de esta manera es entendible que se otorgue al Estado

⁴ Se trata de las teorías del contrato social, las cuales parten por entender el surgimiento del Estado y del orden jurídico a partir del denominado consenso social.

la facultad de castigar determinadas conductas; Partiendo de la concepción del estado de naturaleza, Hobbes (2017) afirma que:

En semejante guerra nada es injusto. En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. (p. 96).

Es decir, el derecho sólo es entendible dentro del Estado y por ende, también el uso del *ius puniendi* para la protección de bienes jurídicos. Y es que, indistintamente de lo que precede al consenso, lo que se quiere dar a entender es que el bien jurídico como parte del derecho es una construcción abstracta comprensible sólo por la razón; Ahora, esta reflexión se hace partiendo de concebir que ese Estado artificial surge de un orden democrático, pues aunque aquel no sea la panacea frente a las injusticias, resulta ser el menos arbitrario o por lo menos se corre un riesgo menor de caer en regímenes totalitarios, donde el derecho penal además de carecer de fundamento alguno, es utilizado como un mecanismo de represión y abuso.

Continuando con el autor inglés, es necesario resaltar el concepto de injusticia que plantea, en tanto lo justo y lo injusto se determina por el cumplimiento o incumplimiento del pacto, según se trate. Y, aunque no se compagina del todo con esta postura, desde un plano ontológico, es probable que ésta sea otra de las posibles conclusiones a las que ase arriben más adelante. Hobbes (2017) indica que:

En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de INJUSTICIA no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo. (p. 106).

Es factible que en determinado ordenamiento jurídico, la noción de bien jurídico tenga una relación directa con aquel concepto de injusticia, en virtud del cual, sólo se

confirma la vigencia de un ordenamiento jurídico, donde su protección no tenga otra justificación más que la ley promulgada por el Estado, alejada de todo contenido material. Pudiendo hablarse de validez, más no de legitimidad. Incluso, podrán existir hoy en día legislaciones que alejadas de toda proporcionalidad, compaginen con lo plasmado en el “Leviatán⁵” respecto del poder de coerción que debe emplearse para que los hombres cumplan el pacto, en virtud del cual existe la amenaza de un mal mayor al beneficio obtenido en caso de incumplimiento.

Por otra parte, como representante de la teoría contractualista se tiene a John Locke, quien en sus obras “Ensayo sobre el gobierno civil” y en el “Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil” desarrolla aspectos importantes que contribuyen a esta investigación. Así por ejemplo, ofrece elementos significativos para precisar el concepto del bien jurídico, pues diferencia entre estado de naturaleza, estado de guerra y sociedad civil, donde en el primero se admite la protección de los bienes que les corresponden a las personas, pero bajo ningún tipo de organización y por tanto carente de seguridad. Es decir, aún sin Estado es plausible concebir que los seres humanos son titulares de varios derechos, como la vida, la integridad personal, la libertad, entre otros, y que, así mismo, sin Estado, es posible defenderlos. Pero dicha defensa quedará librada al azar, pues no existe certidumbre sobre mecanismos idóneos para tal fin, en tanto, la protección corresponderá a cada individuo en particular, quien se convertirá en juez de su propia causa, “cada uno es en sí mismo juez y ejecutor, lo cual es lo mismo que decir...que se halla en el más absoluto estado natural” (Locke, 2004, p. 20).

La doctrina de Locke es trascendental, pues permite entender que incluso en ausencia de orden jurídico existe el interés del hombre por proteger sus bienes, pues la

⁵ Se hace referencia a la obra de Thomas Hobbes, donde plasma su teoría del contrato social.

racionalidad así lo indica. Más sin embargo, el bien jurídico sólo es posible pensarlo en la sociedad civil que surge del contrato social, pues en ella tiene cabida el derecho como una construcción abstracta que garantiza su protección y por tanto brinda seguridad jurídica a los asociados, la cual es imposible predicar donde no hay organización alguna. Así “los que se hallaren unidos en un cuerpo, y tuvieren ley común y judicatura establecida a quienes apelar, con autoridad para decidir en las contiendas entre ellos y castigar a los ofensores, estarán entre ellos en sociedad civil” (Locke, 1985, p. 19).

A diferencia de Hobbes, Locke concibe un Estado que es creado para la protección de algunos derechos, como la libertad y la propiedad⁶, más no uno que en dicha labor, abarque todas las esferas del ser humano. Lo cual es de suma importancia, en tanto converge con el criterio de necesidad que líneas atrás se había señalado para el bien jurídico, pues si el Estado no está facultado para intervenir en todo, es claro, que en algunos eventos termina desbordando los límites impuestos en el mismo consenso y concluye en paternalismos que a la postre se convierten en conductas arbitrarias. Además, da pautas a la hora de determinar el por qué algunos bienes jurídicos interesan no sólo al individuo sino a la colectividad.

De otro lado, Rousseau, otro gran exponente de las doctrinas contractualistas, a diferencia de Hobbes, en el estado de naturaleza no concibe al hombre como un lobo para el hombre, sino que por el contrario lo representa como un ser que nace bueno pero que es corrompido por la sociedad. Así, en el “Origen de la desigualdad entre los hombres” señala que “la bondad que convenía al puro estado de naturaleza no era la que convenía a la sociedad naciente” (Rousseau, 1923, p. 34). No obstante, para lo que nos interesa, este autor supone el surgimiento del Estado a partir de un consenso, en

⁶ Para Locke la propiedad no es sólo lo material, sino que abarca otros aspectos, como la vida.

virtud del cual se legitima una institución y por ende un sistema normativo. Da lugar al concepto de “soberanía popular” para referir la voluntad general de aquellos que han decidido asociarse.

Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar: lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. (Rousseau, 2007, p. 50).

Se trata entonces de dar paso a la creación de un ente ficticio que representa a todos y cada uno de los asociados, quien a cambio de los derechos naturales de aquellos, le regresa unos artificiales, cuyo fin es la conservación de esa sociedad. Lo cual requiere necesariamente del establecimiento de un orden jurídico que permita tales fines.

Antes de proseguir, se debe precisar que se toman de manera general los fundamentos de del contractualismo y no se comulga de forma íntegra con una escuela en particular, toda vez que como se sabe, en las teorías individualmente consideradas pueden existir posturas del autor que defiendan intereses particulares, como en el caso de Hobbes, quien termina abogando por la monarquía absolutista. Se trata es de arribar a un concepto del bien jurídico a partir de los planteamientos señalados anteriormente, tomando como referente principal los de la doctrina del pacto social, pues vistos de una manera general, a nuestro juicio y en principio, otorgan legitimidad al derecho y por tanto a la teoría del bien jurídico; No se hace referencia por tanto al Estado de unos pocos, sino a aquel que surge por la voluntad general de determinada comunidad, ya sea para salir de un caos o para preservar de forma consistente la armonía que ya existe. Fuera del Estado no es posible hablar de bien jurídico, pues donde no hay Estado lo jurídico es inexistente. Podrán existir ordenes, pero desprovistos de seguridad para sus miembros.

Aclarado lo anterior, se puede arribar a una primera aproximación del concepto de bien jurídico, así: es aquel valor que merece protección dentro del ordenamiento jurídico de

un Estado, por cuanto contribuye no sólo a la preservación de la sociedad en general, sino también a su desarrollo; Ahora, cuestión compleja se encuentra al tratar de dar respuesta al interrogante de cómo se determinan aquellos valores objeto de protección. ¿Será que surgen de las realidades sociales? o ¿Será que son impuestas al arbitrio del Estado?

En coherencia con lo hasta ahora expuesto, se debe manifestar que aquellos intereses o valores que merecen protección, deben surgir de las realidades sociales y es a ello a lo que debe someterse el Estado. No queriendo decir que se despoje al mismo del poder de gobernar, sino que debe ejercerlo en aras de preservar la sociedad o para impulsar su desarrollo. Debiendo por tanto castigar aquellas conductas que la degraden.

Lo que se quiere significar es que al establecer determinado bien jurídico atendiendo a las realidades sociales, se dota al mismo de contenido material, pues desde un punto de vista eminente formal, éste corresponde a aquel que emana del órgano facultado para ello. De tal suerte que el concepto que se sugiere, es un concepto integral del mismo, que le otorgue legitimidad, el cual exige la concurrencia de ambas premisas. Donde la realidad social sea vista desde un plano objetivo, desprovista en lo posible de cuestiones moralistas o religiosas, de tal suerte que al realizar un juicio hipotético de vulneración del bien jurídico, se pueda determinar que efectivamente ello conlleva a la degradación de la sociedad, pues de lo contrario seguramente se estará ante arbitrariedades y el Estado perdería su razón de ser; Aquellos valores o intereses que merecen amparo, se deben proteger a través de normas, tal y como fue indicado desde el principio, pero no necesariamente de normas penales, pues dentro del género derecho sancionador, existen disciplinas que contribuyen a tales fines. Lo cual converge con los planteamientos de Baratta (2004), quien afirma que: “La ley penal es un acto solemne de respuesta a los problemas sociales fundamentales que se presentan como generales y duraderos en una sociedad” (p. 308).

Así, se tiene que el bien jurídico no es creación del derecho penal, sino que este último es una forma de protección, pero no la única. Por el contrario, atendiendo a los principios del derecho penal mínimo, debería de ser la última ratio a la cual acuda el Estado. No obstante, las realidades lo que demuestran es otra cosa, pues el derecho penal en varias ocasiones emerge sin contenido, ya sea porque se desconocen las realidades sociales, porque se crea de manera arbitraria o simplemente porque es producto de discursos populistas.

Ahora, no quiere decirse que una vez determinado el valor o interés que es objeto de protección por parte del derecho penal, éste deba abarcar todas las esferas posibles, pues como se dejó plasmado, el Estado y el orden jurídico se legitiman en relación con el bien jurídico, sólo en aquello que sea necesario para preservar la sociedad o permitir su desarrollo, pues de lo contrario, se estaría cayendo en un paternalismo que desborda toda legitimidad. Se plantea entonces un principio de la necesidad en dos sentidos: en sentido abstracto y en sentido concreto. El primero que tiene que ver en determinar el valor o interés objeto de protección (la vida, la libertad, entre otros) y, el segundo, en relación con el grado de protección que debe dársele al mismo, pues no puede pretenderse sanción punitiva en todas las hipótesis de violación, pues como se verá, ello no es acorde con los derechos de los asociados ni con los deberes del Estado; así, el principio de necesidad subyacente a la teoría del bien jurídico es un límite a la arbitrariedad.

Se debe aclarar que no basta con determinar el bien jurídico y el ámbito de protección por parte del derecho penal, sino que también debe existir proporcionalidad en la sanción que se aplique a aquella persona que lo menoscabe, la cual debe ser establecida de forma racional y razonable con base en los fines de la pena que predique el ordenamiento jurídico de que se trate. Pues de lo contrario, existiría igualmente arbitrariedad.

Es claro que dentro de un ordenamiento jurídico existen valores o intereses que tienen mayor peso que otros, y que esto en principio podría brindar elementos para la proporcionalidad de la sanción, más ello no es del todo cierto, pues en nuestro criterio lo determinante en realidad es la conducta desplegada por el ofensor y cómo aquella atenta contra la sociedad. Piénsese por ejemplo en el bien jurídico vida (elemento fundamental sobre el que gira esta investigación), respecto del cual no hay discusión de su altísimo valor en la sociedad, pero cuya protección no es similar en todas las hipótesis de violación, pues no es lo mismo quien comete homicidio con intención a quien lo hace por imprudencia. Incluso, en algunos eventos su menoscabo se encuentra justificado por el ordenamiento jurídico, como en el caso de la legítima defensa⁷.

Así, para que el Estado, el orden jurídico y el derecho penal, adquieran legitimidad en la protección de bienes jurídicos deben respetarse los principios de necesidad y proporcionalidad, que en últimas establecen una prohibición de exceso en dicha labor. Siendo hipótesis de arbitrariedad las siguientes: a) que no se trate de un interés o valor que merezca protección; b) que mereciendo protección haya exceso frente a conductas que no atentan contra la sociedad y; c) que no exista proporcionalidad en la sanción. Lo cual encuentra respaldo con lo plasmado por Balmaceda (2011), quien señala que:

Si el bien jurídico se contempla como dogma -o como importantísimo - para el Derecho penal, hay que tener cuidado en definirlo correctamente, en fijarle sus fronteras, porque si no desprovisto de todo contenido real y efectivo, el bien jurídico es susceptible de convertirse en una suerte de «dogma polivalente» a través del cual, cualquier tipo de Estado -ya sea democrático o totalitario-, dotándolo del contenido que le convenga, puede disfrazar de legitimidad cualquier decisión ordenada a tutelar mediante amenaza de pena, aquellos bienes que estime más valiosos en perjuicio y

⁷ Ello por su puesto como señala Muñoz (2016) en “casos o situaciones realmente excepcionales” (p. 99) y con el cumplimiento de estrictos requisitos.

exclusión de otros contrarios a intereses que pueden ser realmente los importantes. (pp. 7-8)

Es por ello que no se pueden aceptar posturas como las planteadas por los detractores de la doctrina del bien jurídico, pues despojar al derecho penal de su fin último, es tanto como darle rienda suelta al despotismo, entregándole al Estado un arma letal para que la utilice a su libre antojo, lo que presupone un retroceso en la evolución de la ciencia jurídica, la cual no es ajena a los planteamientos expuestos y por el contrario encuentra en la teoría del bien jurídico un límite al poder punitivo.

En ese orden de ideas, si se aterriza el estudio filosófico realizado hasta ahora en el campo jurídico, se observará que existe una relación intrínseca entre ambas, pues el bien jurídico termina siendo la base y fundamento último de la teoría del delito, la cual como desarrollo de la dogmática, se legitima y se desarrolla en torno a dicho concepto: así por ejemplo si se analiza el injusto penal se puede indicar que la tipicidad debe corresponder con la necesidad de proteger determinado bien y que la antijuridicidad exige para su configuración que el delito no puede ser abordado de forma aislada a la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídico, pues si ello ocurriese, el derecho penal carecería de sentido, en tanto su legitimación quedaría en el plano de lo meramente formal. Con lo que se explica el por qué figuras como el delito imposible no resultan ser punibles.

El concepto de bien jurídico en la doctrina penal se atribuye al pensamiento liberal ilustrado, el cual emerge como un límite al Estado, en tanto el poder punitivo se justifica en la medida que con el mismo se protejan bienes jurídicos, impidiéndose con ello que el poder represor se convierta en un mero instrumento de control social para el gobierno de turno, sino que por el contrario su activación devenga en defensa de los intereses sociales. Birnbaum (2010), a quien se le atribuye dicha expresión a mediados del siglo XIX, señalaba que “forma parte de la esencia del Estado garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven en él, bienes dados por la naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social...” (p. 58), de tal

suerte que resulta claro que el derecho no crea los bienes jurídicos sino que emerge como un instrumento de protección de los mismos.

Gómez (2016), señala que Binding teniendo como referente a Birnbaum defiende el concepto del bien jurídico, pero que su visión resultaba en extremo formalista, de tal suerte que la lesión de aquel se valoraba en relación con la contradicción entre la conducta y la norma. Ocurriendo lo mismo con Liszt, quien pese a ser un defensor de la doctrina del bien jurídico, se quedaba en la mera antijuridicidad formal (p. 47), con lo cual el *ius puniendi* pierde su razón de ser, conllevando a que hoy en día exista una amplia corriente del derecho penal que aboga por su eliminación. Welzel (1970), pese a reconocer que el derecho penal protegía bienes del individuo y de la sociedad, pasaba tal cuestión a un plano secundario, señalando que “la mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del derecho penal es de naturaleza ético – social y de carácter positivo”. (p. 13).

Lo anterior ha dado cabida a posturas como las propuestas por Jakcobs (2008), quien relativiza la teoría del bien jurídico, y, desarrollando criterios como los roles sociales, las competencias y la defraudación de expectativas, establece como fin principal del derecho penal la confirmación de la vigencia de la norma, donde la relación entre norma y pena es intrínseca, por cuanto la conducta desviada niega el derecho, pero la sanción impuesta al infractor niega el delito, de tal suerte que se confirma la vigencia del orden jurídico. Dando lugar con ello al fortalecimiento de la antijuridicidad formal y al respeto extremo de los deberes emanados de las normas, pero negando que éstas tiendan a proteger intereses individuales o colectivos, lo cual por supuesto no se comparte.

Otros, como Fernández (1994) se apartan de dichas posturas y por el contrario abogan por el instituto de la antijuridicidad material, señalando que “es necesario interpretar las garantías en el sentido de fijar un mínimo de contenido valorativo que el legislador

debe respetar en todo caso, al menos si se quiere ser democrático y liberal” (p. 121), lo cual comulga con el pensamiento de Roxin (2016), quien parte de entender el injusto penal como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, siendo ello la base de la teoría de la imputación objetiva por él propuesta (p. 95). Donde según palabras de Gómez (2016):

El movimiento político criminal de los años sesenta del siglo pasado, penetrado en gran medida por una concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, enarbola nuevamente la bandera del bien jurídico en línea trascendentalista, concibiéndolo en un ambiente sociológico muy cercano a la evolución y fundamentación de los derechos fundamentales, hasta el punto que ROXIN da por hecho de que ya de por sí, con solo invocar a éstos, la teoría del bien jurídico adquiere relevancia. (p. 175)).

En esa misma línea Hormazábal (1992) profundiza mucho más el concepto de bien jurídico, señalando que éste dota de contenido material a la tipicidad, pues “es un elemento que expresa una vinculación concreta entre dos sujetos en un contexto social generando un proceso interactivo dotado de sentido y significación social” (p. 171). Es decir, que lo contempla como un elemento más del tipo, el cual no puede concebirse como meramente contentivo de prohibiciones, sino que exige una valoración de cara a la afectación real o no de un bien jurídico, lo cual se cree acertado, en tanto aceptar lo contrario puede resultar en un retroceso del derecho penal, castigándose conductas insignificantes que no ameritan respuesta punitiva.

Como se ha insistido, el *ius puniendi* encuentra su fundamento en la protección de bienes jurídicos, éste se erige como pilar y límite del derecho penal, pues solo merecerán respuesta de aquel, aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro efectivo un bien jurídico. El derecho penal de acto requiere de dicha valoración y no se agota con la mera contradicción entre la conducta y la norma, pues el fin último del poder represor del Estado es garantizar los fines sociales, de lo contrario se estaría frente a un defecto de exceso, como cuando se sanciona penalmente la tentativa imposible o comportamientos que dentro del *iter criminis* se quedan en la mera

ideación; es por ello que no se comparten las teorías que conciben el fin último del derecho penal en la confirmación del orden jurídico y en la reivindicación de expectativas defraudadas, pues son en extremo formalistas, corriéndose el riesgo de convertir al Estado en un ente arbitrario, volviendo a un derecho penal de autor, propio del peligrosísimo⁸.

Por fortuna la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha adoptado el criterio que se viene defendiendo, y, citando a Stuard Mill, señala que el principio de lesividad⁹ se erige como un límite al poder punitivo del Estado, pues las autoridades están obligadas a “tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger” (Corte Suprema de Justicia, Rad. 40089, 2016). En otra providencia, dicha Corporación se aparta de teorías como la expuesta por Jackobs, al exigir para el injusto penal la concurrencia de la antijuridicidad formal y material, de tal suerte que no basta el desvalor de acto sino que se requiere el desvalor de resultado, donde el primero corresponde a la contradicción entre la conducta y la norma, en tanto que el segundo es la lesión o puesta en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado, lo que resulta ser acorde con:

El principio de subsidiariedad y con el carácter fragmentario del derecho penal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugnan por su utilización como último recurso a falta de otros menos lesivos para los derechos del procesado, y por castigar únicamente las

⁸ El Tribunal de Casación Colombiano en Sala Penal ha precisado que el actual Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) se aparta del Código Penal de 1936 de estirpe peligrosa, por lo que figuras como el delito imposible no pueden ser sancionadas a la luz de la normatividad vigente. (Corte Suprema de Justicia, Rad. 22164, 2007)

⁹ Se debe anotar que la Corte Suprema de Justicia de Colombia pese a relacionar intrínsecamente los conceptos de antijuridicidad material y el principio de lesividad, precisa que el primero corresponde a una categoría dogmática, en tanto que el segundo hace parte de la política criminal.

conductas que con mayor intensidad lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, es decir, aquellas especialmente intolerables. (Corte Suprema de Justicia, Rad. 16066, 2004)

El alto Tribunal, acogiendo la postura de Hormazábal señalada líneas atrás, establece que “el bien jurídico es un criterio delimitador de la tipicidad, pues excluye del ámbito típico aquellos comportamientos que no tengan aptitud para vulnerarlo” (Corte Suprema de Justicia, Rad. 47862, 2017), con lo que se puede señalar que en juicio de tipicidad se requieren dos tipos de valoraciones: el primero que podríamos denominar de adecuación típica para establecer el desvalor de acto, y, el segundo, que exige determinar la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro efectivo, para establecer el desvalor de resultado. Donde este último elemento es el que determina la relación inexorable entre el derecho penal y los fines sociales de los que se ha hablado, que son en últimas los que legitiman al primero, tanto en la creación de tipos penales como en las sanciones que devienen ante su violación. Como señalan Leyva y Lugo (2015):

La norma, por encima de cualquier otra consideración, lleva en sí los valores y aspiraciones del grupo políticamente dominante en la sociedad. Desde un enfoque indirecto, al proteger bienes jurídicos de naturaleza penal, se está garantizando la estabilidad política y social del sistema. (p. 70).

En ese orden de ideas, se considera que el bien jurídico se erige como el fundamento del derecho penal, cuyo fin último es la protección de éstos. Incluso, se podría señalar que aquellas posturas que pretenden desconocerlo no pueden justificar tal cuestión, pues como se vio, el bien jurídico exige protección del Estado, quien responde a través de derecho penal como última ratio ante su lesión o puesta en peligro. Sin embargo, hoy en día, es inevitable negar que desde un punto de vista ontológico, la aplicación

del derecho penal sólo corresponda a la confirmación del ordenamiento jurídico, pero ello ocurre porque el Estado ha perdido su norte en el uso del *ius puniendi*¹⁰.

Así las cosas y para concluir, se puede señalar que el bien jurídico corresponde a aquel valor que merece protección dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, por cuanto contribuye no sólo a la preservación de la sociedad en general, sino también a su desarrollo, y, cuyo amparo es objeto del derecho penal, cuando se cumplan los principios de necesidad y proporcionalidad, a efectos de no violentar la prohibición de exceso y de evitar la arbitrariedad. Es innegable la importancia que tiene la doctrina del bien jurídico, pues sobre éste se ha desarrollado una dogmática jurídica convergente con los fines del derecho penal, en virtud de la cual éste no puede desligarse del elemento que le otorga legitimidad.

1.2 BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES E INDISPONIBLES

Teniendo claro que al Estado le corresponde la protección de bienes jurídicos para la preservación de la sociedad y para permitir su desarrollo, se debe ahora indagar el por qué algunos resultan ser disponibles por su titular y otros no, lo cual necesariamente debe tener una razón. Así, revisando en la doctrina, se tiene que la mayoría de autores tratan el tema del bien jurídico pero no desde sus fundamentos, por lo que no existen mayores referentes que permitan establecer el criterio utilizado para catalogar como indisponibles determinados derechos. Se encuentran algunos textos, donde al explicar la causal de ausencia de responsabilidad consistente en el consentimiento del sujeto

¹⁰ Incluso, la figura en mención delimita el concepto de antijuridicidad material, pues aquella ocurre ante la lesión o puesta en peligro efectivo de un bien jurídico tutelado.

pasivo¹¹, se limitan a señalar como requisito la disponibilidad del derecho por parte del titular, pero no se ahonda en la génesis de tal afirmación.

Por ejemplo, Kierszenbaum (2009) afirma que “no cualquier interés puede erigirse en bien jurídico, sino sólo intereses vitales para el desarrollo de un individuo en una sociedad...” (p. 182). Lo cual resulta importante para la labor que se viene desarrollando, pero al tratar de abarcar el tema respecto de la disponibilidad del mismo, no ofrece mayores aportes. Otros, como Carrasco (2015), sin ahondar sobre el asunto abordado, realizan grandes contribuciones, como por ejemplo el señalar que la teoría del bien jurídico se erige como un límite al poder legislativo y precisa que “se constituye como una “base material” para los presupuestos de la pena, con lo que para la tipicidad y la antijuricidad, el bien jurídico es un instrumento dogmático que les proporciona contenido” (p. 247). Bernal (2013) por su parte, muestra el antagonismo que existe entre aquellas doctrinas que defienden la teoría del bien jurídico como presupuesto de la aplicación del poder punitivo, con aquellas del funcionalismo, que tienen como base de la teoría del delito el significado de la conducta delictiva. (p. 156).

Se puede observar entonces que son varios los doctrinantes que en esta materia realizan importantes aportes, no obstante, respecto a la cuestión del por qué algunos bienes jurídicos son considerados como disponibles o indisponibles, es poco lo que se ha dicho. Antolisei (1960) desde tiempos pasados señalaba que “surge así el problema de la institución del consentimiento. Problemas por no precisar la ley cuáles sean los derechos de dicha especie” (p. 211). Por lo que el maestro italiano acabado de citar, tratando de dar respuesta al dilema planteado, señala en su obra lo siguiente:

¹¹ De ello nos ocuparemos con mayor detenimiento posteriormente.

La doctrina, después de muchos intentos que no creemos conveniente recordar, considera hoy casi unánimemente – en armonía con cuanto se ha dicho sobre el fundamento de esta causal de justificación- que el consentimiento es apto para hacer lícita la ofensa en los casos en que éste no presenta también una inmediata utilidad social. Por ello son disponibles los derechos que el Estado reconoce exclusivamente para garantizar su libre goce al individuo. Con ello se proporciona solamente un criterio directivo, que tiene necesidad de especificarse para su aplicación concreta. (Antolisei, 1960, pp. 211-212).

Según el autor citado, es el Estado quien determina la disponibilidad o no del bien jurídico, lo cual se comparte, siempre y cuando se entienda que dicha labor no es arbitraria, sino que subyace de las realidades sociales. Como se dejó plasmado líneas atrás, es indiscutible que dentro de cada sociedad existen valores o intereses que tienen mayor peso que otros, lo cual se determina al realizar juicios valorativos sobre el objeto de protección, de tal suerte que, si su menoscabo no atenta de manera efectiva contra la preservación de la sociedad o su desarrollo, dicho bien resulta ser disponible. Así por ejemplo, no son disponibles aquellos bienes que contribuyen al adecuado y correcto funcionamiento del Estado, como la administración pública o aquellos que son fuente de otros derechos como la vida; es decir, satisfecho el principio de necesidad en cuanto a la identificación del interés a proteger y establecidas las esferas de amparo, se debe realizar un juicio hipotético de vulneración, donde si ello no trasciende la línea de lo individual, la punibilidad sólo podrá devenir para el agresor cuando su titular así lo exija. No sucediendo lo mismo cuando la afectación interfiere negativamente en los fines de la colectividad, pues el Estado deberá responder punitivamente de manera oficiosa.

Así las cosas, como se había indicado, con el surgimiento del derecho adquieren vida jurídica aquellos intereses o valores en forma de bienes jurídicos, los cuales son objeto de protección a través de normas, pues frente a los fines de la sociedad resultan ser importantes. Y por ello el Estado siempre debe estar presto a su amparo. De dichos bienes algunos tienen una protección dual, pues no solamente interesan al asociado, sino al mismo Estado, por lo que su disposición corresponde a este último y son

aquellos que se tornan indisponibles. No sucediendo lo mismo con otros, que interesan más en la esfera individual, pues su lesión no conlleva la degradación de la sociedad, pero que al igual que los primeros, merecen protección, siempre y cuando su titular no renuncie a ésta. Siendo precisamente ello uno de los frutos que ofrece la organización civil, en la cual hay un sometimiento al orden legal, pero el Estado no absorbe por completo los derechos, sino que deja algunos al pleno goce del individuo hasta el punto tal que es éste quien da la autorización para que aquel intervenga en su defensa, pues de no quererlo se entenderá que está conforme con la acción lesiva y por tanto el orden social se mantiene.

Por lo general los bienes jurídicos indisponibles tienen dicha naturaleza en la mayoría de legislaciones y permanecen así a lo largo de la historia, en tanto que los otros, pueden dejar de ser objeto de protección del derecho penal sin que la sociedad se degrade; siendo impensable por ejemplo la desprotección del derecho a la vida. Ahora, no quiere significar aquello que identificado un bien jurídico indisponible, el Estado engegezca en su protección, pues ello constituye un criterio de arbitrariedad de los ya señalados y contraviene la prohibición de exceso, en tanto el amparo es legítimo frente a conductas que además de menoscabarlo perturben la preservación de la sociedad o impidan su desarrollo.

Ahora, se tiene que dentro de la sociedad, por regla general, los bienes jurídicos se reconocen en cabeza de los individuos, de tal suerte que se dirá que determinada persona es titular del derecho a la vida, a la honra, a la propiedad privada, entre otros. En términos de Abanto (2006), el sujeto contiene el objeto de protección y a la vez es objeto de ataque (p. 19), por lo que deberá repararse en el primer aspecto para precisar la disponibilidad o no del interés objeto de tutela por parte del derecho penal, en tanto si como ya se dijo, se trata de un bien cuyo menoscabo repercute más en la esfera de lo individual que en la social, se tratará de un bien jurídico disponible por su titular y el Estado podrá dar respuesta punitiva siempre y cuando aquel lo exija. No sucediendo lo mismo cuando se trata de un bien jurídico indisponible, en tanto el *ius puniendi* se

activa no sólo para salvaguarda del individuo como tal, sino en pro de los intereses sociales.

Resultando lo anterior de suma importancia de cara a la teoría del delito, toda vez que con base en ello cobra relevancia la figura del consentimiento, el cual en ciertos eventos se plasma dentro de la descripción normativa del tipo penal, como en el caso de la inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentida¹²; en otros hace parte de la hermenéutica del tipo, como en algunos delitos sexuales, donde de llegarse a establecer que medio aquiescencia del titular no habrá lugar a sanción penal, y; en otros, adquiere connotación como causal de justificación, para cuando habiéndose lesionado el bien jurídico, existe consentimiento del sujeto pasivo.

Lo anterior ha conllevado a que se presenten discusiones respecto a la repercusión que tiene el consentimiento del sujeto pasivo en el derecho penal, pues mientras unos la ubican como casual de atipicidad, otros la destacan como causal de justificación. Así por ejemplo Velázquez (2017), precisa que el legislador Colombiano contempló dicho instituto como una causal de atipicidad, donde existe un negocio jurídico en el cual el titular renuncia a la tutela por parte del Estado (p. 405), en tanto que otros, como García (2014), indican que puede erigirse como una causal de atipicidad o de justificación, según se trate. Estando en el primer evento para cuando el tipo penal lo contiene dentro de sus elementos o cuando, se trata de delitos contra la libertad y, en el segundo, para

¹² El artículo 187 del Código Penal Colombiano señala lo siguiente: “Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento...”.

A su vez, el artículo 207 indica: “Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento...”.

cuando pese a existir lesión al bien jurídico, la conducta no alcanza a satisfacer la antijuridicidad por mediar anuencia del titular (pp. 114 -115).

Al respecto se puede indicar que la discusión no sería tan compleja si se escudriña a fondo en las categorías dogmáticas que estructuran la teoría del delito o por lo menos en la tipicidad y en la antijuridicidad, en tanto si la primera requiere, entre otras cosas, de un juicio de tipicidad objetiva para establecer si el comportamiento encuadra de manera exacta en la descripción normativa, es claro que estaríamos frente a una cuestión de atipicidad, por cuanto no se colmarían las exigencias del tipo penal para su configuración. Sucediendo lo mismo en los eventos en que pese a que el tipo penal no haga referencia expresa a la ausencia de consentimiento para su desarrollo, si se desprenda de su interpretación, lo cual ocurre en gran parte del catálogo de delitos, pues por ejemplo, no es posible predicar un acceso carnal violento frente a quien ha dado su consentimiento¹³.

Se considera que en los supuestos donde el consentimiento excluye la tipicidad no es dable hablar del consentimiento del sujeto pasivo, pues si ni siquiera se suplió el juicio de tipicidad, errado sería predicar que se ha lesionado bien jurídico alguno. Realmente dicho eximente de responsabilidad acontece para cuando habiéndose lesionado el bien jurídico, ha mediado permiso de su titular para tales fines, de tal suerte que pese a existir tipicidad se excluye la antijuridicidad por estar el comportamiento justificado. Es decir pese a existir una afectación real al bien jurídico tutelado, el Estado no puede responder punitivamente, en cuanto tratándose de un bien jurídico disponible, se ha renunciado a su tutela.

¹³ Incluso cierto sector de la doctrina habla de la tipicidad conglobante, para indicar que el juicio de tipicidad debe realizarse confrontando no sólo los elementos del tipo (tipicidad legal), sino también el resto del ordenamiento jurídico (tipicidad anti normativa), para establecer que la conducta no es insignificante, si no está permitida, entre otras situaciones. (Gómez, 2016, pp. 119 – 120).

La doctrina mayoritaria converge con los argumentos acabados de plasmar y entienden el consentimiento del sujeto pasivo como una causal de justificación, las cuales a voces de Monroy (2011) “son en esencia permisiones frente a diversos fundamentos que aceptan la lesión o menoscabo a bienes jurídicos, en concordancia con el sistema jurídico complementario...” (p. 346). Así por ejemplo, Reyes (1990) la establece frente a bienes jurídicos que no representan inmediata utilidad social (185), en tanto que Pérez (1987) la fundamenta en cuanto el “ordenamiento estatal no extiende su tutela sobre intereses abandonados voluntariamente por el titular de ellos, a no ser que se trate de bienes jurídicos colectivos o de servicio social...” (p. 389). De lo cual se desprende que en tratándose de esta causal, resulta determinante establecer la disponibilidad o no del bien jurídico, lo cual como ya se indicó, deviene de su importancia respecto de los intereses comunes.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que la Corte Suprema de Justicia de Colombia entiende dicha causal como excluyente de la tipicidad siempre y cuando además de tratarse de un bien jurídico de libre disposición, se “tenga la capacidad de comprender la acción realizada, así como de adecuarse a su comportamiento” (Corte Suprema de Justicia, Rad. 23.508, 2009), lo cual no se comparte por las razones ya expuestas. Si bien es cierto el Código Penal Colombiano no hace alusión de manera expresa a al consentimiento del sujeto pasivo, se considera que es a dicho instituto al que se hace referencia, pues en los casos en que se predica la atipicidad del comportamiento por obvias razones no existe tampoco un sujeto pasivo para el derecho penal.

Establecer la existencia de bienes jurídicos disponibles e indisponibles para el derecho penal no tiene otra explicación más que en los fines Estatales, cuales son la protección de la sociedad y permitir su desarrollo, de tal suerte que si en un juicio razonable se concluye que la tolerancia de lesión por parte de su titular no interfiere en dicha labor, se dirá que resulta ser de aquellos bienes de libre disposición, lo cual no es de poca importancia, pues como se vio, ello se convierte en una barrera para que el Estado

pueda aplicar el poder punitivo, en tanto la aquiescencia del sujeto pasivo da lugar a justificar el comportamiento típico, excluyéndose entonces la antijuridicidad¹⁴.

1.3 LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO INDISPONIBLE

Se debe precisar que, cuando se hace referencia a la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico, lo enmarcamos dentro del contexto penal, para referir por ejemplo, casos donde se excluya de responsabilidad a aquel tercero que lesione o ponga en peligro un bien jurídico con aquiescencia de su titular. Así, no se entra en discusiones conceptuales, que por su puesto son respetables y aceptables, como aquellas que, con razón sostienen que si los bienes jurídicos corresponden a derechos, es claro que el titular de los mismos dispone de ellos. Ello lo plasman importantes obras.

La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción. La destrucción es un límite —poco usual— de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. (Zaffaroni et al, 2011, p 489 – 490).

La discusión entonces no se centra en determinar si la persona dispone de su vida cuando la desarrolla según los quehaceres más cotidianos, sino en si le es permitido disponer de ella hasta el punto que permita su lesión por parte de otros. Ello es lo que realmente resulta problemático, pues genera varios interrogantes, entre ellos: ¿Si la

¹⁴ El artículo 11 del Código Penal Colombiano señala lo siguiente: “ANTI JURIDICIDAD. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

disposición del derecho corresponde al Estado o al individuo? y ¿Si su menoscabo en todos los supuestos conlleva la degradación de la sociedad? ¿Si existe el derecho a morir? ¿Si el consentimiento excluye la responsabilidad penal de terceros? Aunque varios de estos puntos son objeto de desarrollo en capítulos posteriores, es importante precisar algunos en este momento. Siendo fundamental comenzar por determinar a quién le corresponde la disposición del derecho a la vida, pues ello será fundamental en los fines propuestos.

Así, de acuerdo a lo que se ha venido exponiendo, se dirá que respecto a la vida, su disposición corresponde al Estado, en tanto es el interés más valioso que debe protegerse en una sociedad, pues el mismo es fuente de los demás derechos, de tal suerte que la disposición del mismo no puede quedar en manos del individuo. Siendo esta la razón fundamental para sostener tal criterio, pues presupuesto de todo Estado, antes que la familia es la vida de cada ser, al punto tal que su destrucción conlleva necesariamente la decadencia de la sociedad. Es tal el valor vida, que Hegel en su doctrina sobre la teoría de la pena crítica a Kant, al sostener que el talión pensado en el “ojo por ojo y diente por diente” como forma de retribuir el mal causado podría conllevar a la destrucción de la sociedad, pues si ésta se amotina para aniquilar a aquel que ha cometido homicidio, en aplicación de la ley del talión, igual pena debe sobrevenir para sus miembros, conllevando su desaparición.

Antes de proseguir, es importante precisar que con el anterior planteamiento no se quiere significar que el Estado tenga libre disposición sobre la vida de los asociados, pues ello sería impensable con el desarrollo de los derechos humanos, máxime en países como Colombia, donde su Carta Política con valor normativo consagra en su preámbulo y en su parte axiológica la vida como un fin del Estado y como un Derecho fundamental. De lo que se trata es de señalar que el individuo, concebido dentro de una sociedad política organizada con intereses comunes, no puede libremente decidir poner fin a su vida, pues en términos normativos dicha permisión por regla general corresponde al Estado. No siendo de recibo para estos efectos, aquellas posturas

contrarias que señalan que ello no resulta ser cierto, por cuanto un suicida libremente pone fin a su vida sin pedir permiso a nadie, pues se trata de una situación diferente, en tanto si dicho sujeto sin más ni más solicita al Estado que le proporcione los medios necesarios para poner fin a su existencia de seguro su petición será negada, pues indudablemente ello se aparta de los fines sociales y por tanto no puede tener amparo por parte del orden jurídico.

En ese orden de ideas, bajo ninguna circunstancia se quieren legitimar conductas como la pena de muerte, las practicas eugenésicas o las conductas genocidas, sino por el contrario abogar por la conservación del bien supremo de la sociedad, respecto del cual el Estado encuentra limitaciones en el orden interno y mucho más en el internacional, donde las naciones se han puesto de acuerdo precisamente para impedir las arbitrariedades cometidas por los propios Estados. La disposición de la que se habla, se repite es en términos de permisión sobre el bien jurídico para su lesión, la cual como se dijo no puede quedar en manos del individuo, pues ello implicaría que una persona sin más argumento que su libre voluntad solicite al Estado ayudarla a morir y éste deba proporcionarle todos los medios necesarios para ello o que renuncie a imponer sanción penal para todos los casos de homicidio en que medie consentimiento de su titular. Lo cual no es acorde cuando se tiene como principio el preservar la vida como bien superior de la sociedad, sin el cual de acabaría.

Sin entrar en discusiones en este momento, respecto al tema de si la vida es un derecho o un valor o si surge desde el momento de la concepción o con el nacimiento, no se comparten aquellas posturas liberales que sostienen que la vida es un derecho y no un deber, y que por tanto las personas son libres de decidir cuándo renunciar al mismo sin mayor impedimento que su propia voluntad, pues como se acaba de señalar, aquella es el valor supremo para preservar la sociedad y permitir su desarrollo. Así, se discrepa de posiciones extremistas que vinculan el derecho a morir con la simple autonomía del sujeto, como la sostenida por García (2014) quien afirma que:

Por lo tanto, y en conclusión, puesto que se trata de derechos y no de deberes, y no convencen los argumentos contrarios al carácter indisponible de la vida, ni aquellos que, partiendo de la disponibilidad de la vida, se muestran a favor de la punición cooperativa, el legislador debería suprimir los preceptos que castigan la cooperación en el suicidio, permitiendo la disponibilidad del bien jurídico vida a través de un tercero. (p. 209).

Se cree que esta postura es pensada casi que en ausencia de una comunidad políticamente organizada, o si se quiere, en el estado de naturaleza planteado por Locke, por lo cual no es de buen recibo. Se trata es de entender la disposición o no del derecho a la vida a partir de términos normativos, lo cual se hace necesario cuando nos concebimos como parte de la sociedad civil. No queriendo decirse en absoluto, que el Estado absorba la titularidad del derecho en todas sus esferas, hasta el punto de obligar a una persona a vivir de una manera que choca con la dignidad humana, pues en esos casos, ya no estaría actuando legítimamente, por lo que no se converge con otros planteamientos, que no realizan diferenciación alguna, y abogan por la punición en todos los casos, como la de Bajo (2005), quien afirma que “la vida humana independiente es objeto de protección en todos los delitos de homicidio, aun cuando su titular haya renunciado a su protección. (p. 1135).

Se quiere significar con lo anterior que si bien es cierto, como regla general, la disposición de la vida corresponde al Estado, ello encuentra excepciones que tornan disponible dicho bien jurídico, para cuando su afectación se encuentre justificada, como por ejemplo cuando el sujeto se encuentre padeciendo una enfermedad grave e incurable o padezca fuertes dolores provenientes de lesión. Lo cual no resulta contrario a lo que se ha venido exponiendo, pues se trata de conductas que bajo ninguna circunstancia conllevan a la degradación de la sociedad. Sin embargo, como se verá, ello tiene un fundamento adicional, que será abordado en el capítulo siguiente. No obstante se puede adelantar que se toma partido por la existencia de un derecho a morir para cuando la vida entra en choque con la dignidad humana, pues en tales eventos, al sujeto se le activa la disponibilidad sobre su propia vida.

Se intenta plasmar una postura racional, desde los fundamentos del Estado y del orden impuesto, a efectos que la protección de los bienes jurídicos no halle justificación meramente formal sino también material, partiendo de las realidades sociales y los fines de la sociedad, pues cuando el Estado crea tipos penales apartado de tales postulados, así exista una validez formal, su actividad se torna arbitraria y por tanto ilegítima. Por ejemplo, baste con observar legislaciones como la Boliviana, donde se pena a aquel que intentando el suicidio con otro sobreviviere, o la Ecuatoriana, donde no existe diferenciación para el homicidio doloso.

2. CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO VIDA

Se ha dejado precisado hasta el momento que la vida es el valor supremo de toda sociedad, pues ella es presupuesto del Estado y de los derechos individuales y colectivos, lo que ha conllevado que a diferencia de otros bienes, sea considerada como indisponible por su titular. Sin embargo, se ha planteado la posibilidad para que de manera excepcional, dicha regla general encuentre excepciones, es decir que pueda llegar a considerarse como un bien jurídico disponible, lo cual exige un estudio responsable al respecto, a efectos de establecer cuáles son esas excepciones, pues ello implica que el Estado pierda la capacidad de disposición sobre el bien (en los términos anotados en el capítulo anterior) y ésta pase a manos del individuo, lo cual repercutirá necesariamente en varios aspectos que interesan al derecho penal y que son abordados en esta investigación, como el consentimiento del sujeto pasivo para el homicidio y la inducción o ayuda al suicidio, la eutanasia, entre otros.

En ese sentido adquiere relevancia indagar respecto de su contenido, por lo siguiente: en primer término permitirá tener un panorama sobre la regulación de la vida en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que se pueda establecer si concuerda con los planteamientos trazados respecto a su categorización como bien jurídico indisponible; en segundo lugar, dará bases para manifestar la sobreprotección de la vida en Colombia; en tercer lugar y de suma importancia, permitirá establecer los fundamentos para predicar la disponibilidad del bien jurídico vida de manera excepcional y; en cuarto lugar, brindará elementos para establecer un concepto de muerte digna como un género de aquellas conductas que tienen como finalidad hacer cesar una situación que choca con la dignidad humana. Ello dará insumos para el desarrollo de los capítulos siguientes, implicando realizar entonces un estudio en cuanto al concepto vida en su vertiente negativa y positiva, de su carácter plurifuncional (como derecho y como valor) en el ordenamiento jurídico colombiano, así como de su

correspondencia con otros derechos como la libertad y la dignidad humana. Sin dejar de lado el debate bioético, el cual brinda grandes aportes al desarrollo jurídico.

2.1 LA VIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Como se había manifestado, la vida precede al Estado y persiste aun con la desaparición de éste, pero como derecho¹⁵ es entendible de una mejor manera, desde los presupuestos de una comunidad políticamente organizada, a la cual se le pueda exigir su amparo ante intromisiones arbitrarias y bajo la cual se pueda disfrutar del mismo de una forma segura. Aterrizando a las bases del Estado Constitucional, se tiene que ésta debe concebirse como un derecho fundamental, pues es inherente a las personas y al ser fuente de otros derechos, adquiere supremacía en el ordenamiento jurídico. Así en el constitucionalismo contemporáneo, donde la Carta Magna goza de valor normativo, la vida debe constar en aquella, a efectos de que sea respetada tanto por el Estado como por el resto de los asociados; En el ámbito internacional, es posible señalar que éste ha tenido su desarrollo pensando principalmente en la protección del derecho a la vida como parte de los derechos humanos¹⁶, los cuales a voces del preámbulo de CADH (1969) “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Podría afirmarse, que a partir de la culminación de la II guerra mundial en el 45, el derecho internacional se consolidó como un acuerdo para preservar y proteger la vida. Así, hoy por hoy, aquellos instrumentos que versan sobre DH se entienden como parte de la Constitución a través

¹⁵ Si bien la palabra derecho tiene distintas acepciones¹⁵, ya sea como un sistema normativo (Marín, 1959, p. 38) o como ciencia, la que interesa en este momento es aquella que lo concibe como un atributo propio del ser humano, el cual merece protección del orden legal y sugiere respeto por parte y hacia los demás.

¹⁶ Según se percibe en diferentes documentos del ámbito internacional (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros), los derechos humanos no nacen en un ordenamiento jurídico alguno, sino que existen por ser atributos del hombre, es decir, preceden a cualquier orden jurídico y por tanto prevalecen sobre el derecho positivo.

de la denominada figura del Bloque de Constitucionalidad¹⁷. Todo ello converge con lo que ya se había anotado respecto a la vida como valor e interés supremo de la sociedad, sin el cual no es posible pensar ni en el Estado ni en ordenamiento jurídico alguno. Así, Villanueva (1999) señala que “no es fatálico afirmar que si el Estado y la Sociedad descuidan al hombre, se destruirá a sí misma” (p. 51), razón por la cual, los derechos humanos deben protegerse como bienes jurídicos por parte del derecho penal.

Dada su categoría, el derecho a la vida es considerado un bien jurídico supremo, pues de esta deriva el disfrute de los demás derechos y garantías, verbigracia, las libertades, el patrimonio económico, etc. El derecho a la vida trasciende el mero hecho biológico, permitiendo la existencia, no solo del individuo, sino de la familia, la comunidad y la sociedad sobre la cual rige el derecho. (Viveros. et al. 2017, p. 17).

Adicionalmente y en consonancia con lo anterior, la vida no sólo es considerada como un derecho, sino también como un valor digno de protección desde la concepción, por lo cual el Estado debe adoptar las medidas necesarias y adecuadas para su preservación. Así por ejemplo, en la sentencia C – 355 de 2006, la encargada de la guarda de la Constitución indicó que “la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta”. En tanto que Rivera (2012) haciendo referencia a dicha providencia, en cuanto a sus fundamentos, señala lo siguiente:

El derecho a la vida en el ordenamiento constitucional es plurinormativo y plurifuncional. Es plurinormativo porque tiene distintas referencias en el texto... Es plurifuncional porque tiene un doble carácter: es un valor y es un derecho. Desde la plurinormatividad y la plurifuncionalidad, la vida

¹⁷ Incluso, para que la protección sea efectiva, se ha dado paso al denominado control de convencionalidad, en virtud del cual se aplica el mejor estándar de protección para el derecho fundamental. Como señala Quinche (2017) “Se trata de una institución regional, articulada en cumplimiento de las impuestas a la Corte Interamericana por los artículos 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

aparece como un bien constitucionalmente protegido y como un derecho subjetivo de carácter fundamental (p. 386).

Se debe señalar que distinguir la vida en el campo jurisprudencial y doctrinario, como derecho o como valor, es principalmente consecuencia de cuestionamientos que han surgido en la discusión del por qué se tipifican conductas como el aborto o las lesiones al feto, pues podría llegar a pensarse que el nasciturus es titular de derechos y por tanto ser considerado persona. Sin embargo, ello se ha resuelto al entenderse que al que está por nacer se le protege la vida como valor y no como derecho. En criterio propio se considera que dicha plurifuncionalidad de la vida, tiene un contenido material mucho mayor al acabado de señalar, pues si ésta corresponde a un valor del Estado, en ello radica el hecho de que en principio, la disposición del derecho no esté en cabeza de su titular, pues su conservación no es sólo un interés individual sino también común. Por lo que, sea de una u otra forma, el Estado debe protegerla como bien jurídico a través del derecho penal, pero sin excederse en ello, pues como se había señalado, la legitimidad acontece siempre y cuando se cumplan los principios de necesidad y proporcionalidad, vistos desde los fines de la comunidad política, cuales son preservar la sociedad y permitir su desarrollo.

Descendiendo al caso colombiano, la vida se encuentra consagrada a lo largo de la Constitución Política de 1991. Así se desprende del Preámbulo y de los artículos 2º, 11, 49 y 95. De todo lo cual se tiene que en su protección no sólo interviene el Estado sino también la sociedad en general, pues por ejemplo, mientras el legislador no puede establecer como sanción la pena de muerte, los asociados deben cuidar de no dañarla de manera injustificada; En lo que respecta al derecho penal, se encuentra que la ley 599 de 2000 la protege como bien jurídico a partir de la consagración como delito de distintas conductas que atentan contra aquella, como el homicidio doloso, el homicidio culposo, el homicidio preterintencional, el homicidio por piedad, la inducción o ayuda al suicidio, el aborto, entre otros. Castigándose incluso aquellas que no alcanzando la consumación, colocan en peligro efectivo dicho bien jurídico.

Así, se puede observar que la vida es protegida férreamente por el derecho penal colombiano, incluso desde el momento de la concepción¹⁸ hasta la muerte. Debiendo aclararse en este punto que la vida intrauterina se protege como valor con la tipificación de conductas como el aborto o las lesiones al feto, en tanto que la vida independiente o extrauterina, con la sanción de delitos que atentan contra el derecho fundamental a la vida, el cual para efectos penales se entiende surgido a partir de que se inicia trabajo de parto¹⁹, tal y como lo plantean Gómez y Urbano (2003) quienes sostienen que “si luego de comenzar el parto, por ejemplo, una vez se han producido contracciones, se atenta contra la criatura todavía en el vientre materno, el delito es homicidio” (p. 921), de tal suerte que para el *ius puniendi* el derecho a la vida surge incluso antes del nacimiento²⁰, lo cual converge con el Código Penal Colombiano, cuando en su artículo 108 consagra el delito de “muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas”, el cual puede configurarse durante el nacimiento²¹; siendo también necesario precisar que el derecho a la vida se tutela hasta la muerte, la cual de conformidad con la ley 23 de

¹⁸ No siendo interés de esta investigación, adentrarse en las discusiones actuales que versan sobre la punibilidad o no del aborto, pues son cuestiones que si bien tienen relación, requieren una fundamentación adicional

¹⁹ Apartándose entonces del criterio civilista, el cual con base en los artículos 90 y 92 del Código Civil distingue entre estos dos hechos jurídicos: el de la concepción y el del nacimiento, donde el primero tiene lugar cuando la mujer a través de un proceso biológico queda en estado de gestación, dando paso a lo que para el derecho se denomina el “nasciturus”. Por su parte, el segundo, presupone la separación de la criatura del vientre de la madre y que haya sobrevivido siquiera un instante. Esta distinción se torna importante, por cuanto pese a que desde la concepción se protege la vida, el derecho a la vida sólo se predica con del nacimiento, que es el momento a partir del cual en la legislación Colombiana se alcanza el estatus de persona.

²⁰ Se debe resaltar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de enero de 2014, radicado 42624, parece apartarse del criterio penal y compaginar más con lo estatuido en el Código Civil.

²¹ En esa misma línea, algunos fundamentan su oposición al criterio civilista, partiendo de la lectura del delito de infanticidio, “en la que el sujeto pasivo tiene tal carácter aun cuando no se hubiese separado totalmente de la madre (Gómez, 1998, p. 27). De tal suerte que: “La protección de la vida independiente para efectos penales (homicidio) comienza con las primeras contracciones abdominales indicativas del proceso de parto. No obstante, si para el nacimiento se hizo necesario un procedimiento quirúrgico como la cesárea, se entiende por inicio de la vida independiente el momento en que se hace la apertura del útero con el fin de extraer el nuevo ser”. (Viveros. et al. 2017, p. 20).

1981²², con el Decreto 2494 de 2004 y con la sentencia C – 233 de 2014²³, se entiende acaecida incluso en aquellos eventos de muerte cerebral o encefálica, caso en el cual, si se atenta contra alguien en estas condiciones lo más que puede configurarse es un irrespeto a cadáveres²⁴.

En ese orden de ideas se puede señalar que dentro del Estado colombiano la vida es concebida como un bien jurídico de especial protección desde la Carta Magna, ya sea como valor o como derecho, teniendo una protección especial por parte del derecho penal, dentro del cual se es concebida como indisponible por su titular. Sin embargo, se considera que existe una sobreprotección de dicho bien jurídico, pues conductas como el homicidio por piedad o la inducción a ayuda al suicidio (en determinados casos) no deberían hacer parte de la legislación penal, tal y como se observará más adelante, violentándose la prohibición de exceso que establece la propia doctrina del bien jurídico. Además, no existe una regulación clara frente al derecho a morir, pues el legislador, pese a que desde el año 97 la Corte Constitucional le ordenó regular la materia, ha preferido no tocar ese tema tan delicado. Contándose entonces con la jurisprudencia del honorable Tribunal Constitucional respecto a la muerte digna, que a empujones ha logrado por lo menos que el ejecutivo a través del Ministerio de Salud, de una manera incipiente, se apersona del asunto, tal y como se podrá analizar posteriormente.

²² Esta disposición en su artículo 13 le indica al médico que “Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales”. Es decir, que en estas circunstancias el derecho a la vida ha cesado y por tanto no podría hablarse de homicidio.

²³ Esta providencia resulta ser de suma importancia, en cuanto el Alto Tribunal señala que en los casos de muerte cerebral la persona se reputa en estado cadavérico y por tanto se puede proceder a expedir el certificado de defunción. (Corte Constitucional, C- 233, 2014).

²⁴ Como sostiene Molina (1995) nuestro actual Código Penal se aparta de los criterios anteriores y no castiga la conducta de aquel que atenta contra un cadáver, pues a lo sumo podría tipificarse un irrespeto a cadáveres (p. 54).

No se crítica bajo ninguna circunstancia que el Estado otorgue un estatus especial a tan preciado bien, pues como se dijo, su destrucción conlleva el de la misma sociedad. En lo que no se está de acuerdo es en que su protección se realice de forma apartada a los principios de necesidad de necesidad y protección, pues solo de esa forma adquiere legitimidad el poder punitivo. Para lo cual, se hace necesario entender que la vida como bien jurídico no sólo contiene una vertiente positiva, sino también otra negativa que requiere reconocimiento por parte del Estado y que, se complementa con otros derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad.

2.2 LA VIDA EN SU VERTIENTE POSITIVA Y NEGATIVA

Se hace referencia a la vida del ser humano, es decir de aquel ser que entre los otros existentes se distingue por su capacidad de discernir entre una cosa o la otra, de aquel que tiene conciencia de sus acciones, esto es, del individuo como ser racional. Seguramente no se podrá saber sobre la génesis de la vida, pero lo cierto es que se es consciente de su realidad y ello es lo que se quiere abordar en este momento, sobre todo concibiéndola como parte de aquel mundo metafísico que surge del consenso y que la protege como bien jurídico. Como se dijo, la vida presupone la existencia de cualquier sociedad, organizada políticamente o no, y sobre la cual no hay discusión que es un bien que precede a cualquier ordenamiento jurídico y que por tanto, merece su protección y respeto por parte del Estado. A diferencia de otros bienes, éste existe aún sin Estado y sólo se extingue con la muerte.

Sin embargo, se debe anotar que pese a que la mayoría de personas hablan del concepto vida, no se tiene claridad sobre lo que realmente implica este bien, ni las repercusiones que frente al derecho tiene, ni siquiera el mismo Estado. Así por ejemplo, si se miran los debates que respecto al tema se presentan en el entorno social, incluyendo en las instituciones públicas, se observa que la vida es concebida solamente como aquel espacio que transcurre desde la concepción hasta la muerte, de tal suerte que las opiniones van encaminadas casi que al unísono a procurar su conservación a toda costa,

surgiendo posturas que van en contra de la legalización del aborto, de la eutanasia y de todo aquello que conlleve lesionar dicho bien jurídico (salvo claro está, en los eventos de populismo punitivo en los que algunos abogan por la pena de muerte). Ello ocurre por cuanto la vida sólo es pensada en su vertiente positiva, más no en la negativa, esto es en el derecho a la muerte, el cual es concebible cuando se percibe al ser humano como parte de un Estado y se tienen claros los fines de la asociación.

Se tiene que de la vida se pueden distinguir dos vertientes que interesan al derecho como tal: una positiva y otra negativa. La primera que comienza desde el momento de la concepción y, sin entrar en discusiones respecto al momento en que surge el derecho a la vida, se puede decir que en esta esfera es donde el ser humano se desarrolla dentro de la sociedad, ya sea desempeñando una profesión, formando una familia, entre otras cosas. Para lo cual se le otorga cierta libertad que ejerce junto con otros derechos y deberes. Aristóteles (2009) señala que “nada envejece ni crece naturalmente a no ser que se alimente y nada, a su vez, se alimenta a no ser que participe de la vida” (p. 124). De lo cual se puede extraer, que la vida es un proceso que avanza y se agota de acuerdo a la dirección que se le dé. Creyendo en principio, que dicha dirección la debe dar el individuo de manera autónoma, hasta donde no interfiera negativamente en los derechos de los demás y en los fines del Estado; la segunda, es quizás la más compleja, pues como ya se dijo, hace referencia a la muerte representada en una persona como facultad, esto es, como el derecho a morir²⁵, el cual, como se verá, en algunos eventos refrenda la dignidad del ser humano y por tanto también debe ser objeto de reconocimiento por parte del Estado. Lo cual es posible cuando se tiene presente que el Estado está para el servicio de la comunidad, que el uso del poder punitivo deviene frente a aquellas conductas que afecten los fines sociales y que la vida no puede

²⁵ Sin pretender hacer apología al suicidio, hay quienes piensan que el ser humano es privilegiado por tener la facultad de poder poner fin a su vida cuando considere que esta no es digna de vivirla.

convertirse a toda costa en una obligación, pues indudablemente existen y existirán eventos en los cuales se debe permitir al sujeto ponerle fin.

Establecer el contenido de la vida desde ambas vertientes, corresponde a una visión axiológica del derecho y se aparta de la teoría formal propia del positivismo jurídico, el cual es independiente de los valores que le sirven de fundamento a la sociedad (Faralli, 2007, p. 13). No obstante, se debe anotar que el misticismo que rodea la muerte desde tiempos remotos ha permeado el tema del derecho a morir, impidiendo un desarrollo desde criterios objetivos. Así por ejemplo, Copleston (1960) citando a Santo Tomás, señala que éste sostenía “que el alma es separable del cuerpo, en el sentido de que sobrevive a la muerte y es naturalmente inmortal” (pp. 110-111), dando lugar a la creencia religiosa de la vida sagrada que se extiende más allá de la muerte y por tanto impensable de autolesionarse, so pena de incurrir en pecado. Estos dogmas se han arraigado en gran parte de la población, teniendo repercusiones negativas para el derecho, pues se observa que por regla general no se han sentado posturas con contenidos materiales al respecto, y por el contrario, los Estados prefieren no inmiscuirse en dichos asuntos que generan gran impacto en la sociedad.

La vertiente negativa de la vida tiene estrecha relación con la teoría del bien jurídico, pues cuando se aboga por el derecho a morir, necesariamente surgen discusiones en torno al consentimiento del sujeto pasivo, la eutanasia, el suicidio asistido, la necesidad de la pena, entre otros. Por lo que se hace necesario el debate apartado de los discursos moralistas y religiosos, tomando como base los fines del Estado y del derecho penal, lo cual afortunadamente ha empezado a darse en la Corte Constitucional Colombiana, quien apelando a otros derechos como la dignidad humana y la libertad, ha reconocido la posibilidad para que las personas puedan reclamar al Estado el derecho a morir. Sin embargo es un tema que como se verá más adelante, carece de una regulación completa en el orden legal Colombiano.

2.3 LA VIDA EN RELACIÓN LA DIGNIDAD HUMANA

En concordancia con lo que se ha planteado, es claro que la vida se erige como un derecho fuente, pues de éste se derivan todos los demás derechos o por lo menos es presupuesto para su goce, de tal suerte que el Estado tiene interés en su conservación al punto tal que, como regla general, se trata de un bien jurídico indisponible. Sin embargo, ello no resulta ser absoluto, pues la vertiente negativa de la vida, conlleva a predicar la existencia de un derecho a morir para el individuo y por tanto la disponibilidad sobre dicho bien por parte de su titular. No obstante, dada la trascendencia que tiene la anterior afirmación para los intereses sociales, es necesario precisar sobre los fundamentos de la misma, pues al tratarse de una excepción, su justificación deviene necesaria, considerándose entonces obligatorio hacer referencia a la relación que tiene este derecho con la dignidad humana, en tanto es a partir de ello, que ha empezado a crearse una doctrina en torno al derecho a morir.

Así, se tiene que la protección del derecho a la vida deviene en dos aspectos, uno positivo y otro negativo: el primero obliga al Estado a adoptar todas aquellas medidas necesarias para el disfrute del derecho, de tal suerte que en un criterio de razonabilidad, se establezca que el sujeto cuenta con unos mínimos necesarios para su preservación; en tanto que el segundo, le prohíbe adoptar medidas injustificadas que den al traste con este derecho²⁶; dicha protección es pensable en un Estado Social de Derecho²⁷, el cual complementado con la sujeción a la ley y sin llegar al paternalismo, no sólo se preocupa por la instauración de un orden jurídico, sino por brindar a los asociados las garantías

²⁶ Como diría Villanueva (1999) “el bello mundo de las formas, será válido y viable, siempre que el contenido que exprese, sea de respeto por aquellos derechos humanos que defendemos. Estos contenidos no pueden ser birlados a expensas de las bellas formas” (p. 50).

²⁷ Bernal (2014) sostiene que el término Estado Social es un pleonasma, por cuanto “es imposible imaginar un Estado que no sea social” (p. 441).

que le permitan desarrollarse en la sociedad. Esas garantías, son las que posibilitan en la persona llevar una vida digna, lo cual no se traduce en la mera materialidad, sino en otras más, como el no ser discriminado, no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a gozar de buena salud física y mental, en fin, a sentirse complacido por el hecho de ser persona, de tal forma que sienta merecer vivir.

La dignidad humana complementa el derecho a la vida, de tal suerte que hoy se alega que los seres humanos tienen derecho a gozar de una vida digna, lo cual a todas luces es acertado, sobre todo si se parte de entender al Estado como el producto de un consenso social para preservar la sociedad y procurar su desarrollo. Siendo entonces uno de sus fines primordiales el procurar que las personas lleven una vida digna. Barroso (2014) señala que “la dignidad humana, como es actualmente comprendida, se mueve sobre el presupuesto de que cada ser humano posee un valor intrínseco y disfruta de una posición especial dentro del universo” (p. 19), por lo cual al igual que la vida, debe constar en las cartas políticas. Así, la Corte Constitucional en la sentencia C- 355 de 2006, señaló que ésta tiene un carácter multifuncional, pues además de ser un principio constitucional, es un derecho fundamental autónomo.

En el caso colombiano, la Constitución Política de 1991 consagra los principios fundamentales, señalando en su artículo primero que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la dignidad humana. Mientras que el artículo segundo indica que entre los fines esenciales del Estado se encuentra el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Pudiéndose evidenciar de ello, que aquella no corresponde sólo a un derecho fundamental, sino a una entidad mayor, pues es erigida como un principio²⁸ del Estado

²⁸ López (2004) señala que: “un principio o teoría resulta ser una definición, usualmente desarrollada por la doctrina sin que necesariamente tenga reconocimiento legislativo, con el alto grado de abstracción

Colombiano. Lo que implica su observancia por parte de todas las autoridades públicas, sin ningún tipo de excepción. Así, de suma importancia resulta lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-881 de 2002, pues haciendo estudio de su propia jurisprudencia, resalta tres lineamientos que comprende este derecho:

La Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De ello se tiene que es un concepto que encierra varios derechos intrínsecos de las personas, los cuales tienden principalmente a que se respete su estatus de ser humano. Corresponde así a una noción que refiere a ciertas condiciones del ser que no admiten ningún tipo de vulneración, en tanto ello conllevaría el desprecio por la misma humanidad; resultando importante lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, referente al derecho a vivir sin humillaciones, a no ser denigrado en su integridad física o moral, en cuanto es precisamente tal cuestión la que da lugar a predicar la existencia del derecho a morir, o si se quiere adoptar una mejor terminología: un derecho a la muerte digna en virtud del cual la vida se torna disponible por su titular, siempre y cuando haya entrado en conflicto con la dignidad humana.

No se discute que en el Estado se ha depositado por parte de los asociados el poder para gobernar, sin embargo ello no lo faculta para realizar intromisiones desproporcionadas en los derechos de las personas y, en algunos casos, aquellas prerrogativas que en

en el que se conectan reglas dispersas y en el que se resume la dirección y el propósito jurídico, político y moral de cierto instituto jurídico” (p. 180).

principio le pertenecían, como la disposición del derecho a la vida, se trasladan al individuo. Sin que ello resulte paradójico, pues cuando la vida de un ser humano entra en choque con la dignidad nace para éste el derecho a morir dignamente y por tanto se extingue para el Estado la disposición que sobre el derecho a la vida le correspondía. Y, no es que se desconozca la legitimidad para proteger este bien jurídico, sólo que en algunos eventos, dicho deber debe ceder para hacer efectivo otro más supremo, cual es la dignidad de la persona, sin que ello signifique que se han descuidado sus fines, pues si éstos son evitar la degradación de la sociedad, en nada se atenta contra ello, cuando en casos excepcionales se reconoce el derecho a morir con dignidad.

Incluso, a partir de lo anterior, se hace una precisión válida en cuanto a la muerte digna, la cual resulta ser un género frente a todas aquellas situaciones en que la muerte es vista como la única forma de poner fin a una enfermedad grave e incurable que abrumba a una persona. De tal suerte que figuras como la eutanasia o el suicidio asistido resultan ser especies de ésta. Lo cual es de suma importancia, pues más adelante ayudará a resolver varias problemáticas que se presentan en torno al tema de la eutanasia, particularmente en el caso de las personas incompetentes que por la edad o por alguna patología no pueden manifestar su consentimiento.

Sin embargo, se debe anotar que uno de los temas más complejos de abordar, es el tratar de precisar el concepto de dignidad, pues casi que podría decirse, que aquel tiene un significado distinto para cada persona, lo cual se relaciona con varios factores, entre ellos la forma de percibir la sociedad y entenderse dentro de ésta. Por ejemplo, piénsese en algunos casos complejos como el de aquella persona que da por sentado que su vida es indigna por el hecho de ser homosexual o el de aquel hombre que habiéndose practicado una cirugía fallida para cambiar de sexo se concibe como un “monstruo” y por ello reclama al Estado le reconozca el derecho a morir. Por lo que se hace necesario sentar una postura objetiva al respecto, toda vez que de ello depende justificar la excepción frente a la indisponibilidad del bien jurídico vida. Teniendo claro que en este punto se debe actuar de manera reflexiva y con cautela, apartándose como se ha

insistido, en posturas meramente moralistas o religiosas, pues ello puede conllevar a decisiones alejadas de los fines del Estado y por contera ilegítimas, en tanto evidentemente existen algunos casos, donde se han impuesto límites infranqueables respecto al derecho a morir y que por el contrario dan al traste con el derecho a la vida digna, como aquel donde es negado a personas que encontrándose en estado vegetativo no alcanzaron a expresar su deseo de no seguir viviendo y que lo único que sienten es dolor según sus médicos. ¿Será que en esta situación no se está sometiendo a la persona a un trato cruel e inhumano?

En ese orden de ideas, para arribar al concepto de dignidad, se propone recurrir en este caso a una razón pública, en virtud de la cual la comunidad sea quien juzgue como justo o no la lesión del derecho a la vida. Tratemos de explicar mejor: lo primero es precisar entre racionalidad y razón, en tanto ciertamente se trata de dos conceptos diferentes, pues el primero refiere a la capacidad de los seres humanos de comprender las cosas, mientras que el segundo refiere a la facultad del hombre para señalar si determinada cosa es justa o posibilita las vías para que así sea²⁹. Una razón pública sugiere representarse la posibilidad de que varios sujetos observen como justa determinada cosa, es decir, a que determinado grupo de personas conciban como razonable una misma situación o hecho, lo cual a nuestro juicio es totalmente posible, sobre todo entre individuos que han compartido una misma cultura, una misma historia, entre otros aspectos, que de cierta forma han forjado una subjetividad compartida.

Considérese que a pesar de no poder concebirse una razón pública total o universal, por cuanto existen Estados que han vivido desarrollos históricos y culturales distintos, dicho concepto ayuda a la hora de juzgar si determinada situación es digna o no. Así

²⁹ Según Kaufman (2007) “la razón señala las condiciones bajo las cuales pueden resolverse problemas y percibir como verdaderas aserciones, o sea reconocerlas correctamente” (p. 25).

por ejemplo, piénsese en personas que han quedado cuadripléjicas y no tienen ninguna forma de suministrarse el sustento diario, o aquellos que padecen enfermedades como el alzheimer o el VIH y quieren que se les reconozca el derecho a la muerte digna. ¿Será que podrá existir discusión en cuanto a que su vida no es compatible con la dignidad humana? Y qué decir, de los denominados incompetentes, cuya vida entró en conflicto con la dignidad humana sin que alcanzaran a manifestar su deseo de morir.

Aceptar un concepto de muerte digna partiendo de una razón pública se enmarca dentro de la teoría del bien jurídico expuesta en el capítulo primero, toda vez que no se atenta contra los fines sociales y por el contrario se hace partícipe a la comunidad³⁰, quien en aras del respeto por la dignidad humana, dará lugar a que determinado individuo pueda disponer de su propia vida y, en casos extremos (como se verá más adelante), reivindicar dicho principio aún sin el consentimiento del titular del derecho. Además, resultará relevante a la hora de abordar el estudio de las figuras del homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio, pues las propuestas que sobre ello se realizarán en torno a la necesidad de la pena y el consentimiento del sujeto pasivo, encuentran relación con la muerte digna.

2.4 LA VIDA EN RELACIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

Ha quedado claro que el bien jurídico vida se torna indisponible, pero que en su vertiente negativa se encuentra la excepción, en tanto ésta implica reconocer la disponibilidad del mismo, lo cual como pudo observarse tiene fundamento en la dignidad humana. Sin embargo, dicho principio no es el único, pues otro de los

³⁰ Es claro que en términos prácticos, se debe acudir a las instituciones representativas, como los comités científicos o los jueces de la República, según sea el caso.

cimientos sobre los que reposa el derecho a morir dignamente es el derecho fundamental a la libertad, el cual exige como regla general, que en todos los casos se opte por obtener el consentimiento de la persona, salvo algunas situaciones extremas que serán planteadas posteriormente; Incluso algunos apelan por señalar que con base en el derecho a la libertad se debería permitir a los seres humanos poner fin a su existencia sin más criterios que su libre voluntad. Haciéndose necesario entonces ahondar en este aspecto, por cuanto ello repercutirá en otros temas que serán abordados en los capítulos siguientes, como son el consentimiento del sujeto pasivo frente a determinados delitos y el consentimiento en la eutanasia.

Así las cosas, se tiene que la Corte Constitucional en la sentencia T – 881 de 2002, señaló que uno de los lineamientos que engloba el concepto de dignidad, es el de permitirse al ser humano desarrollar un plan de vida con autonomía, es decir, vivir como quiera. La libertad es uno de los triunfos del Estado Liberal, en virtud del cual se le otorga autonomía al ser humano para ejercer sus derechos siempre y cuando con ello no se dañen los intereses de los demás y del mismo Estado³¹. Sin embargo, hay quienes sobredimensionan la autonomía que derivada del concepto de libertad recae sobre la persona, indicando que por ese solo hecho, el sujeto es libre de escoger hasta cuando quiere vivir y por tanto desde el nacimiento debe reconocerle el derecho a morir, como García (2014) quien expone y defiende la tesis que la vida es un derecho y no un deber, por lo cual “el legislador debería suprimir los preceptos que castigan la cooperación en el suicidio, permitiendo la disponibilidad del bien jurídico vida también a través de un tercero” (p. 209).

³¹ Es importante lo que al respecto señala Bernal (2009) cuando indica que “el Estado social no implica una ruptura con el Estado liberal de derecho, sino un intento por perfeccionarlo” (p. 246).

Otros por el contrario, se muestran escépticos frente al reconocimiento del derecho a morir, ni siquiera apelando a la dignidad humana y defienden la vida a toda costa, estableciendo que el Estado no puede permitir su lesión bajo ningún argumento. Dworkin (1994) al respecto, en su obra “El dominio de la vida”, expone dos posturas bajo las cuales se escudan los detractores del aborto y la eutanasia, una de carácter autónomo y otra de carácter derivado: la primera corresponde a quienes argumentan la condición sagrada de la vida e inherente al ser humano, de tal suerte que por esa razón el Estado debe prohibir su lesión; la segunda, señala que dicha prohibición emerge para el Estado porque existe un interés de las personas a que no les maten (pp. 19 – 20).

Como se puede observar, existen posturas que abogan por la autonomía ilimitada del individuo y otras que defienden la legitimidad absoluta del Estado para no reconocer el derecho a morir. Lo cual trata de explicar Zappalá (2007) desde la corriente norteamericana y la europea, donde ambas se asemejan porque sientan sus bases desde el concepto de la dignidad humana, pero se diferencian en la forma de concebirla, pues mientras en el sistema norteamericano es entendida como un atributo a la autoridad de la libertad de las personas para decidir que es digno o no, en el sistema europeo es entendida como un deber o una obligación. Es decir, mientras una concibe la dignidad como un derecho, la otra la concibe como un deber. (pp. 265 – 266). Lo cual explicaría el por qué determinados Estados tienen mayores desarrollos respecto a la disponibilidad del derecho a la vida.

Todo ello ha dado lugar a grandes debates, no sólo en el plano de lo jurídico, sino en otros, como en el de la bioética³², la cual deriva uno de sus principios del derecho

³² Molina (2011) señala que “bioética significa ética de la vida o ética de la Biología, del griego *Bios*, vida y *ethos*, ética” (p. 111). Si bien ésta tiene estrecha relación con la praxis médica, sus aportes no se agotan en ello, sino que son mucho más relevantes, pues orientan la labor legislativa en contenidos sensibles que giran en torno a la vida, ya sea como derecho o como valor.

fundamental a la libertad, esto es, el de autonomía, el cual según Molina (2011) “establece la necesidad de respetar la capacidad de las personas autónomas para tomar decisiones. Es la regulación personal, libre de interferencias externas y limitaciones que impiden hacer una elección³³” (p. 113). Sin embargo, se considera que ello debe entenderse dentro del contexto de un Estado, donde aquellas libertades naturales se depositan en éste, quien a cambio otorga a los individuos unas artificiales, que por su puesto traen limitaciones, en aras de no afectar a la sociedad. En ese orden de ideas, partiendo desde la ética Nicomaquea que ubica la virtud en un punto medio, pues los extremos resultan ser malos ya sea por exceso o por defecto (Aristóteles, 2003, p. 93), se considera adecuada una postura que no abogue por la autonomía absoluta, pero tampoco por una sobreprotección del derecho a la vida. Se trata de un criterio donde se le reconozca autonomía al individuo que haga compatible su vida con la dignidad humana y que no atente contra los fines del Estado. Lo cual ocurre cuando se reconoce el derecho a morir no de una manera general, sino excepcional, para cuando la vida de la persona choca con la dignidad humana. Negar la existencia del derecho a una muerte digna, en términos de Vélez (2003) es propio de los Estados totalitarios. (p. 252).

Así, el derecho a la libertad no se contrapone con el derecho a morir, pues cuando exista justificación para su reconocimiento, será su titular el único autorizado para escoger entre vivir o morir y, en caso de optar por uno u otro, el Estado deberá garantizarle su ejercicio; La vida no es un deber, sino un derecho, concebido dentro de una comunidad política, por lo cual su disfrute debe realizarse bajo parámetros normativos, de tal suerte que para ello se imponen cargas tanto al Estado como para las personas. De lo cual se

³³ En términos de Faralli (2007): “A la reflexión bioética se encuentran confiadas preguntas fundamentales como: ¿cuándo comienza la vida?; ¿cuándo y hasta cuándo se puede hablar de “persona” o de “vida humana”?; ¿Cuánta autonomía corresponde al individuo en la determinación de su propia vida y de su propia muerte?; ¿cuándo seguir reanimando y cuándo dejar morir?; ¿Cuándo tutelar a la madre, cuándo el feto o incluso el embrión en la probeta?; ¿cuáles son los límites del cuidado y cuáles los de la experimentación humana y no humana?” (p. 109).

deriva entonces, que la libertad de “vivir como quiera” tampoco es absoluta. Al respecto Bernal (2005) señala lo siguiente:

Con todo, es pertinente señalar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho restringible. No se trata de un triunfo definitivo de la libertad en el sentido de DWORKIN, capaz de rechazar cualquier intervención del poder público, ni de un ámbito inalcanzable, sustraído de las competencias del Estado, tal como lo concibe CARL SCHMITT. (p. 253).

En ese sentido, frente a la teoría del bien jurídico el derecho fundamental a la libertad por sí solo no es suficiente para predicar la disponibilidad de la vida, pues necesariamente se debe indagar primero en la dignidad humana, a fin de establecer si efectivamente la vida ha entrado en conflicto con este principio, caso en el cual, es posible hablar del derecho a morir. Siendo este el momento donde adquiere relevancia el derecho fundamental a la libertad, en cuanto la autonomía que de éste deriva, será la que indique si se quiere poner fin o no a la existencia. Resultado claro que el planteamiento que se quiere exponer no es aquel del liberalismo extremo, sino más bien uno donde al ser humano se le reconozca el derecho a morir en situaciones justificadas, esto es, cuando el vivir no sea compatible con la dignidad, pues de esta manera no se niega la autonomía que le corresponde a las personas y tampoco se atenta contra los fines del Estado³⁴.

Lo anterior, como ya se anotó, es importante tenerlo claro, toda vez que será determinante a la hora de abordar el estudio de ciertas figuras que trascienden en la teoría del delito, como la denominada consentimiento del sujeto pasivo, que será

³⁴ Así Malo (1994) afirma lo siguiente: “Con todo, la libertad humana no es incompatible con la obediencia...la libertad puede ser herida o anulada por la violencia y por el miedo, por el alcohol y por las drogas estupefacientes, pero nunca por el acatamiento racional y voluntario de las justas normas de una autoridad legítima”. (pp. 12 – 13).

revisada posteriormente frente al homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio. Así como en el consentimiento dado en la eutanasia legal, el cual si bien se relaciona con la autonomía de las personas, para efectos metodológicos, merece un trato aparte, toda vez que su relación con la ciencia médica ha conllevado a que tenga unos desarrollos especiales.

3. EL DERECHO COMPARADO

A pesar de las indiscutibles diferencias que marcan el ordenamiento jurídico de cada país, hay algo que los caracteriza y los asemeja, cual es que todos tienden a establecer reglas bajo las que debe regirse la sociedad, las cuales atendiendo a factores culturales, sociales y políticos deben ser miradas como justas por los asociados, de tal forma que a más de resultar legales, sean legítimas. Así, cuando del estudio de legislaciones foráneas se trata, se debe tener siempre presente lo antes mencionado, en tanto se adoptarán aquellos criterios que en nuestra sociedad también resulten legales y legítimos, rechazando por el contrario aquellos que no lo sean. No queriendo significar esto último un irrespeto al ordenamiento jurídico escudriñado, sino que ello solamente obedece a los desacuerdos que por los mismos aspectos políticos, sociales y culturales se marcan y que impiden un trato igual. Monroy (1996) respecto al derecho comparado señala que:

Tiende fundamentalmente a determinar los elementos comunes de las instituciones jurídicas y a señalar el sentido de la evolución de estas, así como a preparar material para una posible reforma... Además el derecho comparado tiende a la progresiva unificación del derecho en todo el mundo y a lograr un mejor y más amplio conocimiento entre los diversos pueblos. (p. 38).

Es claro que esta definición se observa bastante optimista, pues la unificación mundial del derecho no resulta ser más que una utopía de algunos juristas, en tanto ni al interior de una determinada nación es posible tal cuestión, pero lo cierto es que el estudio del derecho comparado, se torna importante por tres cuestiones que se pueden resumir en lo siguiente: a) para tomar aquellos insumos que resulten ser legales y legítimos en nuestro país; b) para desechar aquellos que no lo sean por no adaptarse a nuestro ordenamiento jurídico y; c) para averiguar por aquellos aspectos que faltan por regular

Pues bien, como soporte del presente acápite, se toma como referencia lo que respecto al tema objeto de estudio se ha desarrollado en Holanda y Bélgica, pues son países de los cuales se podrían obtener aportes importantes, en tanto se han ocupado del asunto desde años atrás y los resultados son interesantes, al punto que la Corte Constitucional cita sus experiencias en los fallos que sobre muerte digna ha proferido; queriéndose indagar en cuestiones como la eutanasia en niños, niñas y adolescentes, así como en personas incompetentes, entre otros.

No se desconocen los avances que se han dado en otros países como Luxemburgo, Suiza o Canadá, sin embargo por cuestiones metodológicas, se delimita el estudio a los ya referenciados y sólo se indica, que la dinámica mundial debe apostar para que todos los ordenamientos jurídicos regulen el tema de la muerte digna, y se abandonen omisiones legislativas que resultan absurdas, como el caso de Bolivia donde se castiga penalmente a aquel que intentando el suicidio con otro sobrevive, o el caso ecuatoriano, cuya legislación no distingue el homicidio doloso con fines piadosos, de tal suerte que si en un evento hipotético la hija mata a su progenitora para poner fin a intensos dolores y sufrimientos provenientes de enfermedad grave e incurable, quedará expuesta a las penas que se contemplan para el homicidio agravado.

3.1 HOLANDA

El interés por la regulación de la muerte digna surge en este país no precisamente en respeto de la autonomía de las personas, sino como la necesidad de hacerle frente a una realidad subyacente en la praxis médica, en virtud de la cual resultaban encontrados los intereses estatales por proteger la vida y las conductas de aquellos galenos que por motivos altruistas ponían fin a la vida de sus pacientes, quienes en algunos eventos no habían otorgado su consentimiento para ello; así, la codificación de la eutanasia, pasa del ejercicio médico a las discusiones jurisprudenciales, y de éstas a la consagración legal. Varios casos marcan el desarrollo del derecho a morir con dignidad en Holanda, a saber:

El primero de ellos, conocido como el caso Postma, tiene su génesis en 1973 cuando el Tribunal de Leuwarden dictó sentencia condenatoria contra una médico Holandesa que puso fin a la vida de su progenitora, quien encontrándose en avanzada edad padecía sufrimientos insoportables y le había manifestado a su hija su deseo de morir. En esta providencia se fijan pautas para que el profesional de la salud resulte exonerado de responsabilidad penal, entre ellas, que desde la ciencia médica se trate de una enfermedad incurable, que conlleve sufrimientos insoportables y que el paciente haya solicitado de modo verbal o escrito su deseo de morir. Se consideró que la doctora Postma no cumplió con estos requisitos, pero la pena impuesta fue la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por una semana. Estos lineamientos fueron complementados más adelante, en 1984, cuando el Tribunal de Distrito de Rotterdam conoció el caso Wertheim, en el que un particular prestó ayuda al suicidio a una persona de 67 años que erradamente se creía enferma de cáncer, pues la autopsia determinó que no padecía tal patología. Aquí el sujeto fue condenado a seis meses de prisión y se precisó que la eutanasia o la ayuda a morir, sólo deja de ser punible cuando mediando solicitud del interesado es un médico el que colabora en ello, debiendo informar de manera previa al enfermo en qué consiste la dolencia y la viabilidad de poder poner fin a su vida. (Tak, 2000, pp. 111-112).

El segundo caso emblemático, tiene lugar en 1984, donde el Tribunal Supremo conoce en segunda instancia la decisión del Tribunal del Distrito de Alkmaar, mediante la cual absolvió a un médico que puso fin a la existencia de una paciente minusválida (caso Schoonheim). En aquella providencia se estableció la posibilidad para que la conducta de los galenos quedaran amparadas bajo el estado de necesidad, ya sea justificante para cuando se haga una ponderación de intereses entre acatar la ley penal o llevar a cabo una conducta que la contradiga a fin de evitar un mal mayor, o exculpante, para cuando

a pesar de que el comportamiento sea típico y antijurídico³⁵, no sea posible realizar reproche moral al profesional que encontrándose obligado a actuar ante circunstancias excepcionales, elige obrar conforme cualquier persona lo hubiera hecho. Sin embargo, esta última postura fue desestimada posteriormente por el propio Tribunal Supremo, en 1986, señalando que el estado de necesidad exculpante no puede ser reconocida al médico por la posición de garante que tiene frente a sus pacientes. Y, del mismo modo, precisó que el fin de la vida en la práctica médica no puede quedar exonerado de responsabilidad penal por comprenderse como parte de la *lex artis* (*exceptio médica*), pues ello conllevaría a que todos los casos donde medie consentimiento del enfermo, queden impunes. (Tak, 2000, pp. 112-113).

El tercer caso importante conocido como el caso Chabot, representa nuevamente una variante frente al tema del estado de necesidad exculpante, pues el Tribunal Supremo en esta decisión de 1994, indica que dicho eximente de responsabilidad penal no puede desconocerse a priori, sino que se deben examinar varias circunstancias, entre ellas, que el paciente padezca sufrimientos insoportables, ya sea de patologías físicas o mentales, y que se trate de una enfermedad incurable, debiendo contarse con la opinión de otro experto independiente que concluya tales cuestiones. En este evento, se trataba de una paciente que había ingresado a un centro psiquiátrico tras padecer la muerte de sus dos hijos y sufrir un ciclo de violencia por parte de su marido. La paciente había intentado el suicidio y solicitó al Dr. Chabot poner fin a su vida, quien luego de consultar con otros expertos, accedió a la petición de la mujer. No obstante, fue condenado, pues ningún profesional distinto a él examinó a la enferma personalmente. Sin embargo, la declaración de culpabilidad no fue acompañada de pena alguna. En

³⁵ La Corte Suprema de Justicia de Colombia en sentencia del 21 de febrero de 2018 y del 5 de marzo de 2014 ha hecho referencia a dicho eximente de responsabilidad penal, importando en esta última, cuando precisa que en el estado de necesidad exculpante “el agredido no tiene opción distinta que lesionar al tercero para defender sus bienes”. (Corte Suprema de Justicia, rad. 43033, 2014).

este precedente se deja claro que incluso los pacientes con enfermedades mentales pueden llegar a tomar decisiones autónomas respecto al tema de la muerte, no pudiéndose generalizar en todos los casos como personas incompetentes. (Tak, 2000, p. 113).

Otro caso relevante es el decidido por el Tribunal de Leeuwarden el 4 de abril de 1996, en el cual dictó fallo absolutorio a favor de un médico que puso fin a la vida de una niña de 26 días de nacida. Se trataba de una menor que padecía graves sufrimientos sin esperanza de cura y con pronóstico de muerte prematura, por lo que sus padres habían solicitado al galeno la interrupción del ciclo vital. Este último consultó con otro médico general y un pediatra, quienes llegaron a la misma conclusión, por lo que accedió a la petición de los progenitores. Así, el Tribunal señaló que la conducta médica se encontraba justificada, pues el profesional ponderó entre su interés de preservar la vida y el aliviar los graves sufrimientos que agobiaban a la pequeña, eligiendo por la última opción, a la cual no se podría llegar por otros medios legales. Es decir, se aceptó el estado de necesidad justificante. (Flemate, 2015, p. 246).

Tak (2000) afirma que de acuerdo a este recorrido jurisprudencial se puede extraer que la eutanasia o la ayuda al suicidio mediando petición del enfermo, no son punibles siempre y cuando se trate de una patología que bajo estrictos criterios médicos es considerada incurable, que el sufrimiento generado por una enfermedad física o mental sea percibido como insoportable y, que el paciente haya expresado su voluntad de manera verbal o escrita. Desechándose otros presupuestos como el que se trate de una enfermedad terminal. (p. 114).

Dichos debates llevaron a que en el año 1991 se presentara un estudio sobre la praxis médica en relación con la eutanasia, el cual fue conocido como el Informe Remmelink, donde se observaban todos aquellos casos discutidos en los tribunales menores y en el Tribunal Supremo, de tal suerte que culminó con una modificación del Parlamento a la Ley de Entierros en 1992, donde el médico debía comunicar al forense sobre la práctica

del homicidio eutanásico y éste a su vez comunicaba al fiscal, quien determinaba si se habían cumplido con todos los protocolos y si ameritaba causa penal o no. No obstante como afirma Valiente (2005) realmente no se trataba de una regulación sustancial de la eutanasia, sino de algo meramente procedimental (p. 18).

Sólo hasta el año 2002, mediante la Ley Korthals/Borst expedida el 10 de abril de 2001 y con entrada en vigencia el 1º de abril de 2002, se reguló la terminación de la vida bajo amparo, ya sea con la práctica eutanásica o con la ayuda al suicidio, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos: a) conclusión por parte del médico de que media solicitud voluntaria y mediata por parte del enfermo; b) padecimiento sin esperanza de cura; c) información al paciente sobre la patología y el pronóstico a futuro; d) la muerte se torna como la única solución razonable; e) examen por parte de otro galeno que por escrito de fe del cumplimiento de los anteriores presupuestos, y; f) que el procedimiento se lleve a cabo con el mayor de los cuidados. Debiendo informar al forense para que informe a uno de los cinco comités regionales de eutanasia, a efectos de que corroboren la legalidad de la conducta. (Flemate, 2015, p. 247).

Con esta norma se modifican los artículos 293 y 294 del Código Penal holandés, los cuales regulan los delitos de homicidio por piedad y la ayuda al suicidio, respectivamente, de tal suerte que la conducta sigue siendo punible, salvo en aquellos eventos en que medie petición del sujeto pasivo y sea un médico quien bajo los supuestos de la ley del año 2002 lleve a cabo el comportamiento. Tratándose entonces de una causal de atipicidad y no de justificación, pues el consentimiento dado por el paciente imposibilita la adecuación de la conducta al tipo penal.

Ahora, respecto a las personas que padecen alguna patología mental o incapaces, bajo la regulación actual es permitida la eutanasia, pero sólo si antes de entrar en dicho estado ha manifestado su voluntad mediante un documento de voluntad anticipada y se tiene el respaldo de dos profesionales más. Es decir que si no media dicha manifestación, no se podrá llevar a cabo el procedimiento, contradiciendo de cierta

manera lo que el Tribunal Supremo había manifestado, pues no se puede generalizar, en que todas las patologías mentales merman la capacidad para tomar una decisión responsable.

Frente a los menores es permitida la eutanasia pero sólo a partir de los 12 años, caso en el cual es obligatorio contar con la anuencia de los padres si aún no han cumplido los 16 años, ya después de ello la decisión es autónoma y en el evento de entrar en algún estado que le impida dar su consentimiento, sólo es posible su práctica si han dejado por escrito su directriz de manera anticipada. De lo cual se puede inferir que quedan en el limbo aquellas personas que tienen menos de 12 años y que como cualquier otra, pueden encontrarse sufriendo una patología que dé al traste con su dignidad. Sin embargo, a través del Protocolo Groningen³⁶, se permite poner fin a la vida de recién nacidos y realizar abortos tardíos en aquellos casos en que además de cumplirse con los requisitos generales, se cuenta con el consentimiento de los padres, siendo este el único evento en el cual no se tiene en cuenta la autonomía de la persona. Los desarrollos que se han dado en este país reafirman uno de los planteamientos expuestos en el capítulo segundo, cual es el siguiente: la muerte digna es un género y la eutanasia y la ayuda al suicidio son especies de ésta. Así, todas aquellas conductas mediante las cuales se pretenda reafirmar la dignidad de la persona con la muerte enmarcan dentro de dicho género (muerte digna), ya sean cometidas directamente por parte de un tercero que corta el sufrimiento de otro poniéndole fin a su existencia (eutanasia), o, suministrándole los medios para que sea la misma persona quien corte su ciclo vital (suicidio asistido).

³⁶ Se trata de un protocolo publicado en el año 2005 por la Facultad de Medicina de la Universidad de Groningen.

Como pudo observarse, tanto para el suicidio asistido como para la eutanasia contemplados en esta legislación se exigen los mismos requisitos, siendo la diferencia relevante el que una vez suplidos los mismos sea el enfermo quien opte por uno u otro. Ahora, se debe anotar que esto último se convierte en una regla general para los casos de suicidio asistido, en tanto ello presupone que el sujeto se encuentre consciente no sólo para avalar dicho procedimiento, sino para llevarlo a cabo. Lo que no sucede en todos los casos de eutanasia, pues si bien es cierto, lo ideal es que el paciente otorgue su consentimiento ya sea presente o anticipado, en Holanda hay excepciones según lo expuesto, como la practicada a los recién nacidos. Lo que brinda grandes luces a lo que más adelante se quiere exponer cuando se aborde el estudio del orden legal colombiano.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe anotar que en Holanda falta regular algunas cuestiones, entre ellas el tema de aquellos sujetos que encontrándose en estado de incapacidad, nunca alcanzaron a manifestar su deseo de morir en caso de encontrarse bajo determinada situación, lo que se considera merece regulación, al igual del tema de aquellos menores que no encuadran en la normatividad. No obstante es imposible desconocer el gran avance de este país, quien entiende que los sufrimientos insostenibles no sólo pueden provenir de enfermedades terminales, sino también psíquicas, lo cual sería un gran aporte para la legislación colombiana. Pues, por ejemplo, en dicho Estado se ha logrado practicar la eutanasia atendiendo al dolor moral, como en aquel caso en que le fue aplicada a una mujer ciega de 70 años obsesionada por la limpieza, o, a una persona de 20 años que nunca pudo recuperarse de las heridas psicológicas que le generó el ser víctima de violencia sexual desde los cinco hasta los quince años. En estos casos, como puede observarse, se logra dilucidar que el concepto de sufrimientos insostenibles pertenece a la esfera de lo subjetivo de cada ser, entendiendo a cada uno como un mundo distinto, sin que sea dable a los demás oponerse cuando concurren los otros requisitos, como aquellos que indican que la ceguera no puede dar lugar a tales padecimientos.

Finalmente, se considera que consagrar tipos penales como el homicidio piadoso o la inducción a ayuda al suicidio con fines altruistas, es sobreproteger el bien jurídico vida, pues como se verá, frente a dichas conductas no resulta necesario el uso del *ius puniendi*. No obstante, son interesantes los desarrollos jurisprudenciales por parte del Tribunal Supremo, que en determinados casos que escapan a la regulación de la eutanasia, es posible acudir a figuras como el estado de necesidad justificante o exculpante, o a criterios de necesidad de la pena.

3.2 BÉLGICA

Bélgica es el segundo país en el continente Europeo en declarar legal la eutanasia, sin embargo, al igual que en Holanda, ello sólo se predica respecto de algunos casos, pues el homicidio piadoso sigue siendo punible, pero bajo ciertos parámetros la conducta se torna atípica, cuando sea practicada por un médico debidamente autorizado por el paciente y concurran los siguientes requisitos: a) que la persona tenga capacidad de raciocinio para elevar la solicitud por escrito y ante dos testigos que no tengan interés pecuniario, la cual debe ser reflexionada, reiterada y voluntaria; b) el sufrimiento físico o psicológico debe ser insoportable, incurable e irreversible surgido por algún accidente o por una enfermedad incurable, y; c) la eutanasia debe ser la única opción, para lo cual se debe apoyar en los conceptos de otros profesionales y debe dejar pasar un mes antes de practicarla contado desde la petición. (Flemate, 2015, p. 252).

La Ley que fue aprobada el 16 de mayo de 2002, establecía que se debía tratar de una persona mayor de edad o menor emancipado por decreto legal, sin embargo en febrero de 2014 se despenalizó la eutanasia infantil, bajo condición que: el menor padezca sufrimientos físicos insoportables, donde el deceso se encuentre próximo; que un psicólogo determine la capacidad de discernimiento para comprender lo que es la muerte y; que se cuente con el consentimiento de los padres. Así, quedan excluidos las aflicciones psíquicas para los menores, al igual que no se puede aplicar eutanasia a los

neonatos, pues por obvias razones, no cuentan con el raciocinio necesario para reflexionar sobre el procedimiento.

La autonomía para la muerte digna en Bélgica es fundamental, por lo cual, el primer factor a tener en cuenta, es la capacidad de entendimiento del paciente, no importando si cuenta con edades tempranas. Es por ello que no se puede llevar a cabo el proceso respecto de personas con demencia o lesiones cerebrales que le impidan otorgar su consentimiento, por lo cual la única salida es retirar el suministro de líquidos o medicamentos con la anuencia de sus familiares. Sin embargo, si por ejemplo una persona padece una patología psíquica que le permita tomar una decisión, es posible que se le practique el procedimiento eutanásico.

Es por lo anterior que el tema de las voluntades anticipadas toma relevancia en dicha legislación, toda vez que mediante éstas el paciente de manera autónoma deja otorgando su autorización, con un término de caducidad de 5 años, caso en el cual deberá realizarse nuevamente el procedimiento. De lo que se trata es de tener seguridad en cuanto a que morir es lo que desea en caso de encontrarse ante determinada eventualidad, la cual, al momento de suscribir el documento se refleja como una situación indigna. Con lo que tal vez se evitaría un sufrir silencioso y obligado.

La Ley Belga no reguló la asistencia al suicidio, lo cual ocurre por cuanto dicha conducta es atípica, de tal suerte que no resultaba necesario y como señala Valiente (2005): el que puede lo más puede lo menos. De tal suerte que si una persona en lugar de solicitar la eutanasia pide que la auxilien a morir, ello sería totalmente plausible (p. 21). Y, pese a que dicha norma entiende por eutanasia como aquel “acto practicado por un tercero, que pone fin intencionalmente a la vida de una persona a petición de ésta” (Flemate, 2015, p. 252), es claro que aquel tercero sólo puede ser un médico, quien debe cumplir a cabalidad con los protocolos establecidos, pues de lo contrario deberá afrontar un proceso penal, lo cual es definido por la Comisión Federal respectiva.

Teniéndose entonces que la eutanasia sigue siendo ilegal, salvo los eventos regulados en la Ley.

Se considera en ese sentido que en este país, se debe continuar el desarrollo en cuanto al tema, buscándole una solución objetiva a aquellos casos que escapan a la regulación actual, deteniéndose en revisar si el homicidio por piedad merece sanción alguna desde la parte penal, es decir, si ello realmente resulta necesario, pues como en la mayoría de legislaciones, la tipificación de dicha conducta puede tornar arbitraria la protección del bien jurídico vida por parte del Estado; Sin embargo, al igual que Holanda, los aportes de la legislación Belga, son trascendentales en dos sentidos: el primero en cuanto el concepto de dignidad no se circunscribe a una mera patología física, sino al padecimiento de sufrimientos insoportables, con lo cual se amplía el espectro a enfermedades psicológicas; el segundo, referente a la no restricción de edad para los menores de edad, siempre y cuando tengan la capacidad de razonabilidad suficiente.

Así, son notables los casos que en Bélgica se han presentado bajo amparo legal, como aquel en el que se realiza procedimiento eutanásico a dos hermanos gemelos que nacieron sordos y al dárseles la noticia que quedarían ciegos alegaron padecer sufrimientos insoportables al no poder volverse a ver; al igual que el caso sucedido en el año 2012, donde una paciente transexual le fue aplicada la eutanasia tras sufrir gravemente por los resultados de dos cirugías fallidas para el cambio de sexo, pues desde niña se había concebido como un monstruo y las ayudas psicológicas fueron en vano; en situaciones como éstas, donde la muerte no es segura, más si el sufrimiento insoportable e incurable, se debe contar con el criterio de un tercer experto, a fin de tener seguridad en que la muerte es la única solución.

Sin embargo, no deja de resultar preocupante el que muchas personas quieran acudir a la muerte digna invocando depresiones profundas, pues sin un debido control, podría desencadenarse un problema social, como en aquellos casos que últimamente se han presentado, en los cuales los internos condenados a penas de prisión elevadas o a

cadena perpetua, solicitan se les reconozca el derecho a morir dignamente o se les asista en el suicidio. En tanto como se ha considerado, la lesión al derecho a la vida es posible siempre y cuando devengan circunstancias que lo justifiquen, esto es, cuando entra en conflicto con la dignidad humana.

4. IMPLICACIONES PENALES FRENTE A TERCEROS

En este capítulo se abordará el tema de las implicaciones penales que se generan respecto de aquellos terceros que terminan lesionando el derecho a la vida motivados por la piedad, ya sea que lo hagan de manera directa o porque cooperan en la autolesión por parte de su titular. Enmarcando tal cuestión, desde la legislación Colombiana, la cual remite de forma obligatoria al estudio de dos conductas delictivas tipificadas en el Código Penal, cuales son, el homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio. Así como al abordaje de instituciones dogmáticas que tienen relación con el asunto a tratar, como son la necesidad de la pena y el consentimiento del sujeto pasivo. Sugiriendo en todo caso, no perder de vista los criterios hasta ahora planteados, pues de seguro surgirán algunas posturas que encuentran explicación con base en aquellos. Como por ejemplo: el tener como fundamento del derecho penal la protección de bienes jurídicos; que la legitimidad del Estado en la protección de bienes jurídicos emerge cuando se satisfagan los principios de necesidad y proporcionalidad; que dicha protección tiene como fin la conservación de la sociedad a la par de permitir su desarrollo; que la disposición del derecho a la vida (en términos de permisión) corresponde al Estado, pero no de una manera absoluta, por cuanto, cuando la vida del ser entra en choque con la dignidad humana, surge para éste el derecho a morir y por ende se extingue para aquel la disposición sobre el derecho, en tanto se debe permitir a la persona tener una muerte digna, donde esta última resulta ser un género de todas aquellas conductas que con la muerte buscan reivindicar la dignidad del ser humano.

No se insistirá aquí en la cuestión de la disposición del derecho a la vida, pues se considera que ello ya fue abordado de una manera suficiente en los capítulos uno y dos y, lo referente a la eutanasia legal, dada sus particularidades, será tratado en el acápite siguiente. Tampoco interesa detenerse en lo relativo al tema del suicidio en caso de que llegara a sobrevivir quien lo intenta, pues en líneas generales, se cree que la conducta de aquel puede observarse desde varias hipótesis, en las cuales ninguna

resulta ser punible: Así, piénsese en aquel que habiéndole nacido el derecho a morir, lo ejerce de propia mano, con plena realización de su autonomía, es claro que en este evento, en caso de llegar a fracasar en su intento suicida no podría ser punible, pues se encuentra dentro de la legalidad. Como tampoco podría serlo la conducta de quien no siendo acreedor del derecho a morir, intenta autolesionar su derecho a la vida, pues aunque su conducta no esté justificada, no atenta contra los fines del Estado, de tal suerte que no es necesaria punición alguna.

De lo que se trata en este momento es de pasar los tipos penales del homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio por el tamiz de lo aquí planteado y tratar de relacionarlos con los institutos de la necesidad de la pena y el consentimiento del sujeto pasivo. Lo que exige en un primer momento su caracterización desde la doctrina imperante y los aportes que aquí se puedan realizar, para concluir con respuestas a los siguientes interrogantes: ¿Es legítimo la tipificación de dichas conductas como delitos? O ¿si es prudente su abolición del sistema penal sin que se afecten los fines del Estado?

4.1 NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO Y NECESIDAD DE LA PENA

Se debe comenzar por señalar que la necesidad de la pena se deriva del principio de necesidad de protección del bien jurídico, por lo siguiente: hasta ahora se ha entendido al Estado como producto de la voluntad general, cuyo fin principal es evitar la degradación de la sociedad, para lo cual se hace necesario identificar esos intereses o valores cuyo menoscabo daría al traste con los propósitos estatales. De tal suerte que se hace evidente la necesidad de protección de esos valores o intereses sociales, que en el mundo metafísico del derecho son denominados como bienes jurídicos. Éstos pueden protegerse a través del derecho penal como última ratio, mediante la consagración de conductas como delitos, cuya infracción acarrea una sanción penal. Dando paso entonces a la trilogía norma – sanción – protección, donde la sanción que establece un tipo penal sólo puede ser vista como legítima en cuanto proteja un bien

jurídico bajo el cual se amparen intereses o valores inexorables para preservar la sociedad. Así, como puede observarse, para que pueda existir sanción penal es requisito indispensable la necesidad de protección del bien jurídico, pues sin este último no puede existir el primero.

Ahora, como se había dejado sentado, no quiere decirse que identificado el interés o valor objeto de tutela, el Estado desproporcionadamente asuma su protección, pues sólo está legitimado en lo que sea necesario para salvaguardar a la sociedad, en tanto pueden existir conductas que lesionando el bien jurídico no requieran sanción o por lo menos no desde el derecho penal. Para ello se debe acudir a criterios objetivos que surjan de la realidad social, apartado de criterios moralistas o religiosos que puedan culminar en arbitrariedades, máxime cuando en últimas lo que se va a justificar es la aplicación de una pena, la cual en la mayoría de los casos, termina afectando la libertad del individuo. Así, la pena terminaría teniendo dos presupuestos subyacentes al principio de necesidad, cuales son: la necesidad de protección del bien jurídico en abstracto, para establecer lo que va a ser objeto de tutela, y la necesidad de protección en concreto, vista desde cada bien en particular, para determinar las esferas que se deben tutelar a partir de las conductas que puedan dar al traste con los fines del Estado. Reyes (1972), señala que:

En sentido lato, pena es el sufrimiento que se irroga a alguien por la violación de un mandato; también puede entenderse como la reacción de un grupo social contra el individuo que con su conducta amenaza o lesiona los intereses de la colectividad. (p. 297).

Antes de proseguir, es importante detenerse en las discusiones que han surgido respecto a los fines de la pena a nivel doctrinal, lo cual no suele ser un tema pacífico. Para ello es conveniente citar a Lesch (2000), quien de manera clara expone los principales planteamientos de las distintas posturas que en relación con la función de la pena se han esbozado. Así, precisa que básicamente se trata de tres doctrinas: la primera que corresponde a las denominadas teorías absolutas, las cuales niegan que la aquella

cumpla fin alguno. Distinguiéndose dentro de éstas la expiación que entiende el castigo como una reconciliación del delincuente consigo mismo y, la retribución que lo percibe como una compensación de un mal querido. Siendo los máximos exponentes de las teorías retribucionistas Kant y Hegel, quienes conciben la pena como la forma de confirmar la vigencia del orden jurídico imperante, donde la compensación es vista en relación con la ley del talión, ya sea como un equivalente del mal causado (Kant) o como un equivalente funcional en relación con el grado de seguridad alcanzado por la sociedad (Hegel); la segunda corresponde a las llamadas teorías relativas, las cuales suponen que la pena cumple una finalidad, ya sea como efecto intimidatorio ante la amenaza de un mal (prevención general negativa), o para reforzar la conciencia colectiva (prevención general positiva) o para resocializar al delincuente (prevención especial positiva), y; finalmente las teorías de la unión, donde algunas proponen la unión de las teorías absolutas y las teorías relativas (teorías de la unión aditiva), en tanto que otras abogan por dicha unión pero sólo en aquellos aspectos que no se contrapongan (teorías de la unión dialécticas).

Son pues, las anteriores, las principales doctrinas que han girado en torno a la explicación de la función de la pena, pero no las únicas, pues dentro de la dogmática van surgiendo otras igualmente válidas. El mismo Lesch expone una teoría funcional de la retribución, en virtud de la cual la función de ésta es reivindicar la expectativa defraudada con el delito y por tanto confirmar la vigencia de la norma (Lesch, 2000, pp. 76-77) y; casi que en igual sentido, Jakobs (1998) defiende una teoría inspirada en la filosofía Hegeliana, donde el fin de la sanción se encuentra en la confirmación del orden jurídico, impidiendo que el delito erosione en su concepto y deje de percibirse como tal, así “la pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente” (p. 16). Son posturas que parten del concepto de libertad normativa, donde el ser humano se desarrolla en una sociedad en la cual se le han asignado determinados roles, los cuales desarrolla bajo el imperio de un orden jurídico. Montealegre y Perdomo (2006), sostienen que “se es libre, se es un ser racional cuando

se participa en la evolución de una cultura, cuando se participa de lo general, que sobre esas bases se constituye como creación de justicia y libertad” (p. 34).

Lesch (1995), generando controversia con los planteamientos aquí esbozados, señala que en la dogmática naturalista se explica “el delito, como lesión de un bien (o de un objeto) jurídico, y la pena, como protección preventiva contra la pérdida de tales bienes (u objetos) jurídicos mediante la prevención especial y/o general” (p. 19), lo cual a su juicio ya ha sido superado. Sin embargo, se considera que ello acontece cuando se pierde la razón de ser del derecho penal, cual es servir a los fines del Estado, pudiendo incluso, terminarse en arbitrariedades, pues el derecho tendría una justificación meramente formal, donde lo que plasme el legislador como delito lo es por estar positivizado y su legitimidad depende solamente de ello. Perdiéndose incluso el concepto del derecho penal como última ratio, pues lo que interesa ya no es la lesión al bien jurídico, sino el significado de la acción frente a la norma, al igual que se abandonaría el criterio de la antijuridicidad material³⁷.

En esa misma línea, se considera que las distintas teorías que han sido precisadas de manera somera, olvidan abordar la función de la pena desde la esencia del derecho penal, lo cual conlleva inexorablemente a indagarse sobre lo que fue planteado al inicio de este capítulo, esto es, por el principio de necesidad en abstracto y en concreto. Pero, antes de sentar una postura propia, conviene ver lo que en los desarrollos dogmáticos se ha dicho sobre el principio de necesidad. Así por ejemplo, algunos lo conciben como sinónimo del principio de intervención mínima, de tal suerte “que si frente a una

³⁷ Se coincide con Gómez (2016) cuando sostiene que: En cambio cuando se habla de un principio de antijuridicidad material, tiénese que por ello debe entenderse precisamente lo contrario al subjetivismo penal. Más vale aquello que nos conduzca inexorablemente por los referentes materiales que lo otro que propicia simplemente un deseo político penal que no cumple el legislador y mucho menos la dogmática, quedándose en el campo puramente formal. (p. 407).

situación particular, existe un mecanismo alternativo de conjuración, el derecho penal dejaría de operar, evitando la judicialización y estigmatización del individuo” (Viveros. et al. 2018, p. 524). Por su parte, González (2011) señala que “el principio de necesidad de pena deberá examinarse exclusivamente en el marco de la prevención especial” (p. 415), es decir, con fines resocializadores, de tal suerte que será el criterio del juez quien lo determine en cada caso. Arriesgándonos a decir, que se aparta del pensamiento sistema, para inclinarse por el pensamiento problema, el cual a diferencia el primero, indica que además de verificar si la conducta es típica, antijurídica y culpable, debe examinar la necesidad de la pena. Otros como Velázquez (2017), comparten los criterios acabados de esbozar, partiendo del supuesto de que el derecho penal sólo puede tutelar aquellos valores “imprescindibles para el mantenimiento y la conservación del orden jurídico”, señalando respecto a la pena lo siguiente:

La pena, pues, solo se les impone a los trasgresores de la ley que realicen comportamientos objeto de desvalor grave y que, además supongan un elevado grado de nocividad, de dañosidad, para la sociedad, pues el autor debe incidir sobre los bienes jurídicos amenazándolos de manera efectiva o lesionándolos... (p. 666).

Son de recibo los criterios del derecho penal mínimo y del pensamiento problema³⁸, pero sobre todo el esbozado por Velázquez, toda vez que encuentra convergencia con el nuestro, pues la necesidad de la pena es vista como legítima respecto de aquellas conductas que atentan contra los bienes jurídicos indispensables para la conservación de la sociedad. Ello coincide con el planteamiento referido a que presupuesto de la pena

³⁸ La institución del pensamiento problema es uno de los frutos de la dogmática jurídico penal, en virtud del cual, se debe establecer si la conducta además de ser típica, antijurídica y culpable merece sanción penal. Ello es acogido por la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia del 24 de enero de 2018, al señalar que “se advierte que una vez el juez encuentra satisfechas las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad frente a determinado comportamiento debe atender el principio de necesidad de la pena” (Corte Suprema de Justicia, rad. 46.283, 2018).

es la necesidad de protección del bien jurídico y que dicha protección debe ser necesaria frente a aquellas conductas que a la par de afectar el bien, atentan contra los fines de la sociedad, pues de lo contrario existirá una sobreprotección y por tanto arbitrariedad.

Ahora no se desconoce con ello los planteamientos de Hegel o de Kant, pues precisamente la función de la pena concebida como la protección de bienes jurídicos, es entendible bajo las premisas de un ordenamiento jurídico, el cual debe brindar la seguridad a los asociados que en caso que alguna persona atente contra los intereses del Estado va a ser sancionada. Pero no por ello se va a señalar que el fin de la pena consiste simplemente en confirmar la vigencia de la norma, pues se terminaría despojando de su esencia al derecho penal. En ese sentido, tampoco resultan acertadas las posturas de Jakobs o de Lesch, quienes fijan los fines de la pena lejos de la protección del bien jurídico, incluso este último, señala que ello corresponde a la dogmática naturalista ya superada, lo cual como se ha visto no resulta ser tan cierto.

Como se aprecia la función de la pena es la protección de los bienes jurídicos que se tornan necesarios amparar para evitar la degradación de la sociedad, y, el arrepentimiento, la intimidación, la resocialización, la reivindicación de expectativas, entre otros, sólo pueden ser vistas como posibilidades dentro de lo razonable, pues no nos encontramos frente a destinatarios mecánicos, sino por el contrario, frente a seres humanos impredecibles por su propia naturaleza, a los cuales les es posible aplicar una pena por su capacidad racional de concebirse dentro de un Estado y de entender que en el evento de atentar contra los fines de éste, le puede acarrear una sanción. En ese sentido, frente a la imposición de una sanción, se podrá negar que resocializó al delincuente, que no intimidó a la sociedad, que no generó el arrepentimiento o que falló en la resocialización, más nunca que con ello se buscó proteger un bien jurídico, pues esa es la razón de ser del Estado en uso del *ius puniendi*. No puede confundirse el fin de algo con su efectividad, pues esta última depende de varios factores, como las políticas estatales, el grado de cultura académica de la sociedad, entre otras cosas, que no son objeto de este escrito, por lo cual no es pertinente detenerse en ello. Interesa

mejor que el fin de la pena se entienda en función del principio de necesidad, el cual sugiere acudir de manera objetiva a las realidades sociales y determinar el objeto de protección y, una vez ello, establecer frente a qué conductas se debe amparar, de tal suerte que se observe como legítima la sanción. La cual vista de esta manera, su función no se agota en la confirmación de un orden jurídico (ello es tan sólo una consecuencia), sino en la protección de bienes jurídicos y en convertirse en un límite negativo para el legislador, quien sólo podrá consagrarla respecto de aquellas conductas que gravemente atentan contra los intereses o valores indispensables para la sociedad, pues se reitera que no toda lesión a un bien (incluido la vida) merece respuesta del derecho penal.

4.2 CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

Por sujeto pasivo se concibe al titular del bien jurídico, que para el caso del derecho a la vida, como se vio, desde una perspectiva penal, se entiende surgido desde que se inicia trabajo de parto hasta la muerte, incluso con diagnóstico de muerte cerebral, donde como dijo la Corte Constitucional, el individuo se encuentra en estado cadavérico. Así, no interesa entrar en discusiones que giran en torno a si antes del trabajo de parto o después del nacimiento existe el derecho a la vida, pues no es relevante para los fines de esta investigación. Por ahora, se quiere centrar la atención en aquel sujeto con la capacidad de razonar y otorgar su consentimiento.

También se quiere delimitar este punto a los casos del consentimiento otorgado por el titular del derecho a la vida y las implicaciones penales que ello acarrea, sin detenerse en la cuestión de la eutanasia bajo regulación, pues además que será objeto de discusión en un capítulo aparte, es un asunto que por atipicidad escapa de la esfera del derecho penal. Sin que ello implique desconocer la pequeña línea que separa la conducta típica de la que no lo es en los temas de eutanasia, pues basta con que el Estado amplíe los supuestos en los se puede optar por el derecho a morir, para que el *ius puniendi* deje de operar. Interesando más bien por ahora lo contrario, es decir, aquellos eventos no

amparados por el ordenamiento jurídico para lesionar el derecho a la vida mediando aquiescencia de su titular.

Así, como se dejó planteado desde el capítulo primero, doctrinalmente el consentimiento del sujeto pasivo es entendido desde dos perspectivas. La primera vista como causal de atipicidad, para cuando el tipo penal exige para su configuración el realizar la conducta sin el consentimiento del ofendido³⁹, y la segunda (que es la que interesa desarrollar) que lo concibe como un eximente de responsabilidad penal, específicamente como una causal de justificación, pues la lesión al bien jurídico se justifica por la voluntad del titular del derecho, quien de manera libre consiente en ello. Exigiéndose en todo caso que dicho consentimiento sea previo o por lo menos concomitante a la conducta lesiva, y de suma importancia, que verse sobre un bien jurídico disponible, pues de lo contrario, no será tenido en cuenta y devendrá sanción penal para el sujeto activo. Pérez (1981), señala además que el consentimiento puede ser de forma expresa o tácita, para un fin inequívoco (p. 175), en tanto que otros parecen no comulgar con la idea de un consentimiento tácito, y señalan como requisitos que éste debe ser expreso (Viveros. et al. 2018, p. 396). Sin entrar en desarrollos profundos, se cree que el consentimiento puede ser tácito o presunto, siempre y cuando se respete la autonomía de la persona y en términos de racionalidad y razonabilidad, se pueda establecer que efectivamente ese era su deseo. Así, los requisitos de aquella figura se pueden concretar en los siguientes: consentimiento válidamente emitido por su titular, libre de error, fuerza o dolo; que sea otorgado de forma previa o concomitante a la conducta lesiva; que sea de manera expresa o tácita y; que se trate de un bien jurídico disponible. De tal suerte que en cumplimiento de éstos, el derecho penal debe ceder frente a la autonomía de la persona.

³⁹ Para lo que interesa, no se distingue entre los conceptos de víctima, sujeto pasivo, perjudicado u ofendido, y se toman como sinónimos.

El legislador colombiano parece compaginar con los anteriores planteamientos y consagra en el artículo 32 de la ley 599 de 2000 el consentimiento del sujeto pasivo como una causal eximente de responsabilidad, señalando que no habrá responsabilidad penal cuando “se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo”. No obstante no determina cuáles bienes jurídicos son objeto de esta causal, sino que lo deja a la interpretación que en la doctrina o en la jurisprudencia se pueda dar, los cuales son consistentes en afirmar, que la vida no es uno de ellos, ni como valor ni como derecho. Tal y como se había manifestado, se comparte aquella postura que sostiene que la disposición sobre la vida recae en el Estado y no el individuo, pero no de una manera absoluta, pues cuando ésta entra en conflicto con la dignidad humana surge para la persona el derecho a morir y se extingue para el Estado la capacidad de disposición sobre el bien, debiendo respetar la autonomía del sujeto. Ello en cuanto, como ya se dijo, la vida es un bien jurídico supremo que debe defenderse, ya sea como valor o como derecho, pues su menoscabo conlleva también el de la sociedad, de tal suerte que la antijuridicidad material en este caso trasciende la esfera de lo individual hacia lo social, justificándose entonces que la autonomía personal ceda ante los fines estatales, y sólo le sea reconocida a la persona cuando nazca en ella el derecho a una muerte digna.

Así las cosas, la causal de justificación denominada consentimiento del sujeto pasivo, no resulta ser del todo ajena cuando del derecho a la vida se trata, pues en el evento en que la disposición del bien ya no se encuentre en cabeza del Estado, su titular en uso de la autonomía que le es reconocida, puede consentir que un tercero lo lesione, ya sea de manera directa o cooperando en ello, como en los casos de homicidio por piedad o de ayuda al suicidio. Pudiendo incluso decirse que ello se hace en pleno ejercicio del derecho a la muerte, el cual corresponde a la vertiente negativa del derecho a la vida. Y cuando para ello se autoriza a un tercero, éste debe cumplir con los demás requisitos señalados líneas atrás; aunque como se verá en seguida, existirán casos en los que sin mediar consentimiento, tampoco merecen sanción penal.

4.3 DEL HOMICIDIO POR PIEDAD Y LA INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO

Se han realizado algunos planteamientos respecto al principio de necesidad de protección del bien jurídico y necesidad de la pena, así como del consentimiento del sujeto pasivo, correspondiendo ahora, contrastarlos con las conductas de homicidio por piedad e inducción o ayuda al suicidio, a efectos de poder establecer si la tipificación de ésta como delito encuentran legitimidad en los fines del Estado, o si por el contrario es procedente su desaparición de la legislación penal colombiana o si se requiere alguna reforma. Para ello se hará un análisis por separado de cada tipo penal, precisando sus aspectos conceptuales y, una vez realizado poder tomar postura.

Así, el homicidio pietístico se encuentra consagrado en el artículo 106 de la ley 599 de 2000, de la siguiente forma: “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 tal suerte que como precisiones dogmáticas se tiene que en cuanto a la tipicidad subjetiva exige la modalidad dolosa, y en cuanto al aspecto objetivo, se resalta el elemento complementario subjetivo que indica la finalidad con la que actúa el sujeto activo de la conducta delictiva, cual es la piedad. Así, si bien quien mata por piedad mata con dolo, lo hace por motivos altruistas. Es por ello que generalmente esta especie de homicidio ocurre respecto de personas que se encuentran unidas por algún vínculo, ya sea familiar o de amistad, que los lleva a no querer ver sufrir al otro. La Corte Constitucional en sentencia del 20 de mayo de 1997, señaló lo siguiente:

La piedad es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor que consagra el artículo 60 del Código Penal como causal genérica de atenuación punitiva; pero que, a diferencia de éste, mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo. (Corte Constitucional, C-239, 1997).

En dicha providencia el alto Tribunal aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (antiguo Código Penal) que contenía el homicidio por piedad, el cual fue atacado por un ciudadano que alegaba su inexequibilidad al considerar que la levedad de la sanción era prácticamente una autorización para matar. Sin embargo, la Corte despacha desfavorablemente los motivos de la demanda y en cambio realiza aportes importantes que vale la pena resaltar. Por ejemplo, la estrecha relación que existe entre el principio de la dignidad humana y la autonomía de la persona; destaca la solidaridad con la que actúa el agente de la conducta; indica los límites a la protección del Estado frente a la vida, ya que no existe un deber absoluto de vivir y; reconoce la existencia de un derecho a morir dignamente, frente al cual el Estado no puede oponerse, entre otros. Constituyéndose en un precedente que sienta las bases en nuestro país para el desarrollo del derecho a morir, donde la vida no sea concebida solamente como algo biológico y sagrado, sino como un espacio donde el ser humano se desarrolla como tal, bajo condiciones que hagan compatible su existencia con la dignidad humana, sin que pueda ser obligado a vivir cuando razonablemente se perciba que dichas condiciones han desaparecido.

Algunos autores coinciden en llamar al homicidio piadoso como homicidio eutanásico, pues finalmente quien lo ejecuta busca ayudar a morir bien a aquel que se encuentra en las circunstancias descritas en la norma y que son las que hacen nacer el sentimiento de piedad, sin embargo otros como Pérez (1986) prefieren guardar reserva al respecto, en tanto considera que la eutanasia es una muerte tranquila, la cual no se asegura en todos los casos, como en aquellos donde el agente no cuenta con los medios para ello (p. 238). Al respecto se considera, que en términos normativos la discusión no requiere mayores reparos, pues finalmente el ayudar a morir bien a otro debe entenderse como aquel acto que hace cesar un estado insostenible de sufrimiento, donde razonablemente se pueda considerar que la muerte causada es mejor que las condiciones en las que se encontraba. Además, es claro que la razón enseña que quien por piedad comete homicidio, buscará causar el menor sufrimiento al sujeto pasivo de la conducta. Como sostiene Velásquez (2013):

En cuanto al fundamento de esta construcción legislativa debe decirse que ella radica en un grado de injusto más disminuido, pues el agente con su actuar atenta en menor medida contra el derecho a la vida que es el bien jurídico tutelado, aunque también en el fondo se tutela el derecho al buen morir. (p. 162).

En otra de sus obras, Pérez (1962) presenta varios alegatos contra la impunidad del homicida pietista, entre ellos, porque la existencia humana merece absoluto respeto, existen los cuidados paliativos, el criterio de incurabilidad resulta ser relativo y porque se “entroniza el egoísmo del agente, que quiere evitarse el dolor que le llega por reflejo” (p. 491). Así, este respetable doctrinante se muestra como un claro detractor de la figura en comento y aboga por una sanción severa, concibiendo la vida como un deber. Debiéndose aclarar en todo caso, que estos planteamientos fueron realizados bajo el esquema del Código Penal de 1936, el cual en su artículo 364 establecía la posibilidad del perdón judicial para cuando el homicidio se hubiere realizado por piedad.

No se comparte la anterior postura y por el contrario se apela por la despenalización de esta especie de homicidio, con fundamento en el principio de necesidad de protección del bien jurídico y de necesidad de la pena: Como se había dicho, es claro que al Estado le asiste interés en proteger el derecho a la vida, pero frente a aquellas acciones u omisiones que atentan contra la sociedad, en las cuales no enmarca el homicidio por piedad, pues por el contrario quien desarrolla la conducta lo hace en cumplimiento de su deber de solidaridad consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política y por motivos altruistas para refrendar la dignidad de la persona, de tal suerte que no resulta legítimo imponer sanción alguna, en tanto con ello se genera una sobreprotección del bien jurídico, la cual había sido señalada como una hipótesis de arbitrariedad. Así, no le es lícito al Estado proteger al derecho a la vida en esas esferas, y por tanto tampoco, imponer pena alguna. Pudiendo decirse incluso que el actual Código Penal plasma una contrariedad, ya que por un lado dentro de sus principios rectores consagra la necesidad de la sanción penal y por el otro establece como delito el homicidio pietístico, lo cual razonablemente no tiene fundamento alguno, pues si se parte de entender la necesidad de la pena con base en la prevención especial (también consagrada en la norma penal),

es claro que no la necesita quien por motivos altruistas mata a otro, quien incluso debe vencer el aborrecimiento que le genera cometer el acto homicida, máxime cuando generalmente éste se ejecuta en relación con personas cercanas⁴⁰; se cree así que carece de fundamento lo expuesto por Gómez (2006), quien si bien por una parte, se muestra partidario de la no necesidad de la pena, por la otra, señala que dicha cuestión choca con la legislación colombiana, en tanto ello sólo se encuentra condicionado a ciertos delitos (culposos de acuerdo al artículo 34 de la ley 599 de 2000), olvidando que los principios y funciones de la pena son normas rectoras que de acuerdo al artículo 13 del Código Penal “constituyen la esencia y orientación del sistema penal”, prevaleciendo “sobre las demás e informan su orientación” (p. 263).

Ahora, si como parece entenderlo el legislador Colombiano, el homicidio por piedad debe mantenerse como delito, se aboga entonces para que en los casos en que medie consentimiento del titular del derecho⁴¹, sea reconocido como eximente de responsabilidad penal, por lo siguiente: de acuerdo a la descripción normativa del tipo penal, es claro que el sujeto pasivo se encuentra en condiciones que chocan con la dignidad humana, por lo cual como se dijo, ha nacido en éste el derecho a morir, gozando entonces de autonomía para disponer de su propia vida, de tal suerte que si para ello pide auxilio de un tercero, no podrán devenirle consecuencias penales a este último, salvo que se demuestre que actuó por motivos distintos a la piedad, pues en tal

⁴⁰ Y que no cause alarma tal cuestión, respecto a la posibilidad de que un tercero ponga fin a la vida de otro sin que le acarree sanción alguna, pues siempre y cuando ello no choque con los intereses sociales, no habrá que temer. Siendo incluso válido preguntarse si no es más grave para la sociedad el que algunos ordenamientos permitan la pena de muerte, o, que el mismo Estado en la “lucha” contra determinados delitos cobre vidas humanas por montón cada día. Sin embargo que ello quede para la reflexión, ya que no es objeto de esta investigación.

⁴¹ Se aclara que el consentimiento del sujeto pasivo no es exigencia del homicidio por piedad, tal y como lo entiende Gómez (2006), quien señala que “como tácitamente se infiere del texto legal (art. 106), para este delito no se exige consentimiento o petición de la víctima; ni siquiera es requisito la no oposición de ella...”. (p. 290).

caso abandona los senderos del homicidio eutanásico y se enruta en otros tipos penales que si reflejan el principio de necesidad de protección al bien jurídico y de la pena.

Ya frente al tema de la inducción o ayuda al suicidio, el asunto se torna un tanto diferente, debiendo distinguirse en primer término de quienes ponen fin a su vida en ejercicio de su derecho a morir y de quienes por el contrario no tienen justificación alguna para ello, pero que en ambos casos cuentan con la cooperación de un tercero. Siendo la responsabilidad penal la de este último la que atañe en estos momentos, pues la del suicida ya se ha tenido la oportunidad de señalar que no resulta ser punible en ninguna de las dos hipótesis.

Se tiene que esta conducta se encuentra consagrada como delito en el artículo 107 de la ley 599 de 2000, que sanciona con pena de prisión a quien “eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización”, atenuada para cuando “la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable”. Así, respecto a la tipicidad subjetiva es dolosa, en tanto que respecto a la tipicidad objetiva, se distinguen dos hipótesis, para el sujeto activo, pues en el inciso primero no hay finalidad alguna, mientras que en el segundo, la piedad es establecida como elemento adicional distinto al dolo⁴².

Para delimitar el tema, se debe precisar que no se contemplan como suicidio aquellas conductas denominadas dentro de las teorías de la imputación objetiva como acciones a propio riesgo, sino tan sólo aquellas donde medie la voluntad inequívoca de querer

⁴² Lastimosamente no se cuenta con referentes jurisprudenciales respecto a este delito, pues tan sólo se puede encontrar una providencia del 3 de julio de 2013 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia inadmite una demanda de casación presentada, por lo que no se hace un desarrollo de fondo en torno al tema.

morir. No se comparte el criterio del profesor Cancio (2001), quien sostiene la existencia de un suicidio en los eventos del testigo de jehová que fallece tras rehusar conscientemente la transfusión sanguínea requerida para seguir viviendo, pues ello corresponde más bien a una autopuesta en peligro (p. 68). Compartiéndose mejor la postura de Gómez (2006), quien define la conducta suicida como aquella que voluntaria y conscientemente está “dirigida a causar la propia muerte” (p. 311).

El suicidio, por pertenecer a la corriente negativa de la vida, es igualmente un tabú en la actualidad y, la mayoría de personas coinciden en entenderlo como un sacrilegio. No obstante, otros encuentran su justificación precisamente en lo religioso y sagrado de la vida, indicando que debe permitirse por la nueva vida que hay más allá de la muerte, sin embargo, son cuestiones que escapan al objeto de esta investigación. Por lo pronto interesa denotar lo complejo que resulta encontrar el fundamento del legislador colombiano para tipificar como delito la conducta de aquel tercero que interviene en la acción del suicida, sin que la de éste último lo sea, máxime cuando aquel que induce o ayuda no es catalogado como partícipe sino como autor.

Gómez (2006) basado en el libre desarrollo de la personalidad y en la autonomía de las personas entiende la existencia de un derecho al suicidio, sin embargo lo califica como intrasmisible a terceros, por lo que se justifica “la punición del homicidio consentido y la participación en el suicidio” (p.320). Otros como García (2014), abogan igualmente por el reconocimiento de un derecho a morir derivado del derecho a la vida, pues al no ser este último un deber, es factible que la persona libremente decida si quiere poner fin a su existencia o no, incluso con la ayuda de un tercero, quien tampoco merecerá punición alguna (pp. 208 – 209).

Tomando postura, se puede decir que existe un derecho al suicidio para casos excepcionales, trasmisible incluso a terceros, pero existirán otros, donde resulta justificado el castigo de la inducción o ayuda al suicidio, por lo siguiente: Se ha sostenido que al Estado le asiste legitimidad para salvaguardar el derecho a la vida,

pues es condición indispensable para la existencia de la sociedad, de tal suerte que la disposición del mismo queda en manos de éste, y sólo reconocerá la autonomía del titular para disponer de su propia vida cuando surja en aquel el derecho a morir, esto es, cuando razonablemente se juzgue que el individuo no está gozando de una vida digna. De tal suerte, que la lesión del derecho a la vida sólo procede en circunstancias justificadas, para reafirmar la dignidad humana, lo cual puede realizarse con la ayuda de terceros.

Así, en relación con el principio de necesidad de protección del bien jurídico y de la pena, se puede decir que es legítimo para el Estado sancionar a aquel que induce o ayuda a otro al suicidio, sin que el sujeto pasivo sea titular del derecho a morir, pues no existe justificación para lesionar el derecho a la vida a mano propia ni con la colaboración de otro. No sucediendo lo mismo, cuando ha surgido en la persona el derecho a morir dignamente, pues es claro, que en tales eventos, si decide poner fin a su propia vida, solo o con la ayuda de alguien, no está haciendo otra cosa más que disponer de la autonomía que se le ha reconocido, por lo cual el derecho penal no puede alcanzar a ese tercero, por cuanto quien tiene el derecho a morir le ha pedido colaboración. Y, en el evento de la inducción, no se muestra legítimo para el Estado proteger el bien jurídico de conductas como éstas, donde se actúa por motivos altruistas y en cumplimiento del deber de solidaridad.

En ese orden de ideas, se considera que el tipo penal de la inducción o ayuda al suicidio debe modificarse, quedando establecido sólo para aquellos eventos donde el sujeto pasivo no sea titular del derecho a morir dignamente, es decir, que se debe suprimir el inciso segundo del artículo 107 del actual Código Penal; En igual sentido que para el homicidio por piedad, se cree que el sancionar la conducta en esas circunstancias es contradecir las normas rectoras fijadas para la pena, tanto los principios como las funciones.

Ahora, como también se señaló para el homicidio eutanásico, si el legislador insiste en mantener incólume la descripción normativa del artículo 107 del Código Penal, se dirá que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser reconocido como causal eximente de responsabilidad penal, pero sólo en aquellos eventos donde quien se suicida o intenta el suicidio es titular del derecho a morir, pues tiene la disposición sobre su vida y por tanto se cumple con los requisitos exigidos para la causal. Es decir, operaría solamente en el evento del inciso segundo y por obvias razones, para los casos de ayuda, donde se presupone incluso el consentimiento. Debiéndose constatar eso sí, que el tercero efectivamente actúe motivado por la piedad; es más, si se aceptara este planteamiento, conllevaría la inaplicación de la ayuda al suicidio por fines altruistas, pues resultaría anulada por la eximente de responsabilidad penal.

En el derecho comparado, Colombia no dista mucho de Holanda, toda vez que como pudo observarse en dicho país se castiga el homicidio por piedad al igual que la ayuda en el suicidio, salvo en aquellos eventos donde se encuentra legalizada la eutanasia, la cual sólo puede ser practicada por un médico, considerando entonces que existe una sobreprotección del bien jurídico vida; en tanto que respecto a Bélgica, se tiene que de igual forma se sanciona el homicidio por piedad, el cual, tal y como se ha señalado, es un comportamiento que no cumple con el principio de necesidad, de tal suerte que no merece ser castigado penalmente. Ahora, no se comparte la despenalización de la cooperación en el suicidio para todos los casos, pues en aquellos donde no exista justificación para la lesión del bien jurídico, si debería ejercerse el *ius puniendi*, pues el tercero actúa con total desprecio por la vida, atentando contra los fines del Estado.

5. REGULACIÓN DE LA EUTANASIA EN COLOMBIA

A pesar que ya se ha abordado lo concerniente al homicidio pietístico y la inducción o ayuda al suicidio por motivos piadosos, ello se ha hecho desde el contexto del derecho penal, pues pese a ser concebidas por muchos como prácticas eutanásicas, lo cierto es que en la legislación actual quedan en el plano de la ilegalidad, ameritando un estudio desde el principio de necesidad y del consentimiento del sujeto pasivo, tal y como se acabó de realizar en el capítulo anterior. Por lo cual, lo que se quiere ahora, es observar la manera en que el Estado colombiano ha desarrollado el tema de la muerte digna, es decir, a quienes les reconoce autonomía para disponer sobre su derecho a la vida, así como qué sucede respecto a aquellas personas que no tienen capacidad de decisión.

Lo anterior conlleva necesariamente a realizar una conceptualización sobre la eutanasia y el consentimiento informado, a efectos de poder dar respuesta a varios interrogantes, como por ejemplo: ¿Existe en nuestro país el derecho a morir dignamente? ¿Cuál es el criterio de dignidad que el derecho interno maneja en estos temas? ¿Es una facultad reconocida a todas las personas? ¿Los denominados incompetentes pueden ser objeto de la eutanasia?, entre otros.

5.1 CONCEPTUALIZACIÓN

Como sostiene Gómez (2006) “el término eutanasia viene del griego *eu*, que significa bien, y *thanos* que simboliza muerte, de donde se infiere que la expresión equivale a buena muerte” (p. 259), de tal suerte que en el mismo pueden encajar distintas conductas mediante las cuales se busca ayudar a morir de buena forma a otro, ya sea que se haga directamente o prestándole una ayuda. En ese sentido, se entiende que el “sujeto pasivo” se encuentra en una condición que le impide llevar una vida buena en términos de dignidad, donde la muerte generada, es concebida como mejor bajo el juicio de la razón (una razón pública). Destacándose en todo caso que, como se pudo

observar en el análisis del derecho comparado, la eutanasia bajo amparo estatal es un aspecto ligado directamente a la ciencia médica, en tanto sus destinatarios generalmente son personas que se encuentran padeciendo alguna patología que afecta su salud mental o física gravemente.

La eutanasia es distinta a la eugenesia, pues no se lleva a cabo por motivos egoístas, sino por el contrario altruistas, donde quién la practica debe vencer el repudio que genera causar la muerte a un ser humano⁴³; también es diferente a la distanasia, pues en esta última, a contrariu sensu, se busca prolongar la vida de una manera injustificada, sin que se avizore la posibilidad de mejoría en la persona. Lo que en muchas ocasiones da lugar al denominado ensañamiento terapéutico, donde se antepone el criterio del galeno a la autonomía del paciente, quien es sometido a toda clase de experimentaciones como manifestación del paternalismo excesivo, cuando como señala Vélez (2003) “la medicina no es para hacer inmortal la humanidad, sino para ayudarle a mitigar el sufrimiento” (p. 220).

Como se avizó en el análisis del derecho foráneo, la discusión en torno al tema no es nada pacífica, pues en ello confluyen varios factores que impiden su desarrollo desde bases objetivas, al punto tal, que hoy en día son pocos los países que han legalizado la figura, en tanto que la gran mayoría castigan el homicidio por motivos piadosos. Se cree que el problema principal se encuentra en el misticismo que rodea la muerte y que ha llevado a grandes debates, donde al final a quien le compete legislar prefiere no inmiscuirse muy a fondo, pues también sus intereses y convicciones personales influyen. Como lo expresan Küng y Jens (2010), los partidarios de la eutanasia en su

⁴³ En ese sentido no se comparte lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 15 de julio de 2015, donde llama eutanasia a los homicidios de los discapacitados ocurridos durante el holocausto nazi, pues ello más bien corresponde es a prácticas eugenésicas.

generalidad son no religiosos y abogan por la autonomía que le debe de ser reconocida a las personas, mientras que los detractores por regla general son de orientación cristiana que sostienen “que al hombre no le está permitido moralmente disponer de su vida” (p. 53).

Zappalá (2007), como ya se había anotado, trata de explicar tal cuestión desde las corrientes norteamericana y europea, donde ambas parten del concepto de dignidad, pero mientras en la primera es un derecho que hace culto a la libertad, en la otra es un deber (pp. 265 – 266), lo cual podría resultar relativo, por cuanto hoy se ven países como Holanda, Bélgica y Suiza que han dado pasos agigantados en la materia; Dworkin (1994) por su parte expone tres criterios frente a la muerte, que inmiscuyen asuntos políticos y morales, unos a favor y otros en contra: el primero tiene que ver con la autonomía invocada como la capacidad de los sujetos a decidir su deseo o no de morir, lo cual se relaciona con los temas del consentimiento y plantea una discusión respecto a las personas incompetentes, es decir, quienes no pueden expresar su voluntad; El segundo refiere a los “mejores intereses”, que responde a una concepción paternalista donde los demás determinan como mala la muerte de una persona incluso por encima de su decisión de morir, y; el tercero que converge en la santidad o lo sagrado, vista no sólo desde una postura religiosa, sino también secular, en tanto se concibe el valor intrínseco de la vida (pp. 248 a 255).

A manera de regla general, se puede decir que la regulación de la eutanasia es posible desde un buen entendimiento del derecho a morir dignamente, donde se respete la autonomía del ser humano, y no se interfiera con los fines legítimos del Estado. Esto es, cuando con la muerte de alguien se dignifique su existencia bajo parámetros de razonabilidad, como en aquellos eventos donde se le permite la muerte a quien padece una enfermedad (terminal o no) que le produce graves sufrimientos (físicos o psicológico) sin que exista cura para ello y que en medio de su calvario solicita a gritos hacer cesar su existencia, pues con ocasión del principio de la dignidad humana ha nacido para el individuo el derecho a la muerte digna, extinguiéndose para el Estado la

disposición que tenía sobre la vida de aquel. Con lo cual, en nada se interfiere en la salvaguarda de la sociedad o se impide su desarrollo, sino que por el contrario se envía un mensaje claro a los asociados que se encuentran bajo una comunidad política que no es totalitaria y que actúa con base en criterios objetivos, en virtud de los cuales cuando resulte necesario otorgar mayor libertad para materializar sus derechos lo hará; Es claro que en estos casos no se está siquiera ante discusiones concernientes a la necesidad de protección del bien jurídico o de la pena, como las planteadas para el homicidio por piedad o la inducción o ayuda al suicidio, sino que simplemente se parte de reconocer un derecho que dignifica a la persona.

Aclarándose en todo caso, que si del ejercicio del derecho a morir se trata, siempre se tendrá que respetar la autonomía de la persona, quien de manera libre y voluntaria deberá decidir si elige entre seguir viviendo, aún bajo penumbra, o si opta por la corriente negativa de la vida. Así, si alguien que por motivos religiosos o de cualquier otra índole, no desea morir, debe respetarse su decisión y procurar dignificar su existencia lo mejor posible, también si así lo quiere. Lo sagrado o no de la vida, debe ser un concepto del individuo y no del Estado, pues de lo contrario el vivir podría terminar convirtiéndose en un deber u obligación aun en condiciones que chocan flagrantemente con la dignidad de las personas.

Ahora, como pudo observarse, en el derecho comparado el concepto de dignidad no sólo se circunscribe al padecimiento de una enfermedad grave e incurable que se encuentre en una fase terminal, sino que es mucho más amplio, pues lo determinante es el sufrimiento de dolores físicos o psíquicos insoportables sin esperanza de cura. Es decir, que se apela a niveles de dolor distintos, a partir de los cuales razonablemente se puede determinar que la vida de una persona ha entrado en conflicto con la dignidad humana.

Otra cuestión importante que se debe resaltar, es que en la actualidad existe multiplicidad de conceptos que requieren ser precisados antes de continuar, a efectos

de saber cuándo se está realmente frente a la eutanasia que interese en el campo del derecho a morir, así:

Eutanasia activa: contrario a la distanasia, es la conducta positiva que genera la muerte de una persona con la finalidad de que cese su sufrimiento.

Eutanasia pasiva: suele asimilarse con la antidistanasia, donde no se ejercita ninguna acción para generar la muerte, sino que se espera que ésta acaezca por evolución natural de la enfermedad, sin que se brinde tratamiento alguno al enfermo.

Eutanasia directa: Acontece cuando se tiene la intención de causar la muerte ya sea con una acción u omisión.

Eutanasia indirecta: cuando no se tiene la intención de causar la muerte, sino que ésta acontece de manera colateral al tratamiento o al suministro de medicamentos

Ortotanasia: son los denominados cuidados paliativos que se le suministran al enfermo que se aferra a la vida a fin de aminorar el sufrimiento y dignificar su existencia, mientras ocurre el deceso por evolución de la propia enfermedad.

Suicidio asistido: se dice que propiamente no corresponde a una eutanasia, pues lo que se hace es brindarle al enfermo los elementos para que pueda poner fin a su vida a propia mano.

Se considera como expresión propia del derecho a la muerte digna, la eutanasia directa positiva, pues presupone dos aspectos trascendentales: por un lado, la intención de querer morir de alguien, que es constatada con el consentimiento dado y, la participación de un tercero que con el aval estatal colabora en ello; en los otros eventos, como la eutanasia indirecta, la involuntaria o la ortotanasia, la muerte se refleja como una posibilidad, pero no como algo deseado y cierto, que puede resolverse desde la

autonomía que le asiste a todos los pacientes de aceptar o rechazar el tratamiento médico, como por ejemplo, el testigo de Jehová que desaprueba la transfusión sanguínea y fallece. Es claro que aquí no podría salir el Estado a señalar que reconoció el derecho a morir, como tampoco podría hacerlo si alguien acabado de diagnosticar con cáncer indica que no desea recibir ningún tipo de tratamiento, lo cual hace que la enfermedad evolucione y cause su muerte, pues al igual que en el otro caso, la persona haciendo uso de su autonomía tomó una decisión que finalmente la llevó a la muerte, pero sin una conducta por parte de un tercero que diera lugar a ello. Es más, pártase del supuesto de que aquel enfermo de cáncer debido a los fuertes dolores que le produce la patología suplica que le permitan morir y no le es reconocido tal derecho, sino que únicamente se le ofrecen cuidados paliativos, por lo que sólo le quedaría optar por una eutanasia pasiva o por una ortotanasia hasta que llegue la muerte natural; con lo cual se puede afirmar que no todo respeto por la autonomía significa reconocimiento del derecho a morir con dignidad.

Así las cosas, el Estado solamente podrá vociferar que reconoce y respeta el derecho a morir, cuando posibilita los medios adecuados para que aquel que legítimamente lo reclama pueda ejercerlo sin demora alguna. Lo cual ocurre cuando se establecen los protocolos idóneos, para que con la intervención de un tercero se pueda causar la muerte a la persona que en uso de su autonomía lo solicita. Palabras más, palabras menos, cuando se realiza una eutanasia activa directa con amparo estatal. Incluso, en esto podría aceptarse el “suicidio asistido”, el cual como se dijo en el capítulo segundo, es una especie dentro del género muerte digna, donde el último paso no lo da el médico, sino el paciente.

Gómez (2006) señala que en este tipo de eutanasia (activa directa) el consentimiento del sujeto pasivo es una causal de justificación para el médico y quienes lo acompañen, siempre y cuando el destinatario insistentemente lo solicite, como consecuencia de los “sufrimientos graves e inhumanos que padece” (p. 263); en tanto que Roxin (2008) aunque termina aceptando el homicidio por petición para casos extremos, lo hace con

descontento, y se muestra más partidario de la muerte asistida, por cuanto en ésta quien da el último paso es aquel que tiene el deseo de morir. Donde según señala, en el derecho alemán la complicidad en el suicidio nunca ha sido punible. También destaca que en los casos excepcionales en que proceda la eutanasia activa, ésta podría ser llevada a cabo no sólo por un médico sino también por un particular, como en aquel caso donde el conductor de un camión incinerándose e imposible de rescatar, pide a otro que lo mate, pues nadie defendería un castigo en estas circunstancias. Sin embargo, recalca que el suicidio asistido es “más tolerable que un homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado” (p. 45).

Se discrepa de la postura de Gómez, en tanto si la eutanasia es un procedimiento regulado por el Estado, y por tanto permitido, la conducta de quien la comete con consentimiento del interesado es simplemente atípica, de tal suerte que no importa al derecho penal, y, se entiende como casual de justificación, para los casos del homicidio por piedad en los términos señalados en el capítulo anterior; planteamientos como aquellos, llevaron a que sólo hasta hace pocos años en nuestro país se pudieran practicar eutanasias, pues los médicos entendían que estaban cometiendo una conducta típica y que serían llamados a un proceso penal para que a través de un abogado demostraran que no existía antijuridicidad en el comportamiento.

Ahora, respecto de la postura de Roxin, quien se inclina por suicidio asistido, se puede anotar que es posible que ello se origine desde dos fundamentos: uno porque dogmáticamente es plausible defender la impunidad de la conducta de aquel que ayuda en el suicidio, pues no puede castigarse a quien participa en un comportamiento atípico, incluso como se indicó, ello no ha tenido discusión en el derecho alemán (respecto de lo cual ya se había tenido la oportunidad de fijar postura), y; dos, porque sería menor el reproche social para el Estado cuando muestre que la misma persona fue quien se quitó la vida; lo cual sea de una u otra forma no haya inconveniente alguno, pues como ya se dijo el suicidio asistido resulta ser una forma de refrendar la dignidad humana. Sin embargo, se discrepa con este autor, en cuanto a su oposición indirecta a la

regulación del derecho a morir, pues ello no brinda seguridad jurídica a las personas que han adquirido el derecho a la muerte digna, en tanto no sabrán bajo que procedimientos y en qué condiciones pueden ponerle fin a su existencia. Así, sea que se trate de una eutanasia activa o de una muerte asistida, existe la necesidad de precisión legal por parte del Estado, pues asuntos tan delicados no pueden dar lugar a las denominadas “lagunas jurídicas”.

Por el contrario se aboga por la regulación de la eutanasia activa practicada por un médico que ayude a la persona a buen morir, mediante la cual se dignifique a la persona y el profesional de la salud sienta que no va a resultar inmiscuido en asuntos penales, pues sólo contribuye altruistamente en el ejercicio del derecho de otro que ha consentido en ello; además se piensa en una noción de la dignidad mucho más amplia que los sufrimientos graves provenientes de enfermedad grave e incurable, sino donde se tenga en cuenta que el dolor de una persona no sólo puede ser físico sino también moral, como en el caso de Holanda donde se le practicó la eutanasia a una paciente ciega que resultó afectada psicológicamente de forma grave, pues ello le generó sufrimientos insoportables. Se trata de un concepto de dignidad aceptable bajo la razón pública de la que se había hablado, en virtud de la cual se asuma una postura responsable frente a la muerte.

Finalmente y para precisar, en el evento de que un tercero distinto a un médico ponga fin a la vida de otro por piedad o le ayude a morir, son cuestiones que interesan al derecho penal y sobre las cuales ya se tuvo la oportunidad de discernir con anterioridad desde la necesidad de protección del bien jurídico, necesidad de la pena y el consentimiento del sujeto pasivo, por lo cual no vale la pena detenerse en ello nuevamente y sólo se indica, que si se regula el derecho a la muerte digna de una manera sería, es posible que casos como estos desaparezcan, salvo en situaciones extremas, como en el ejemplo del conductor del camión referenciado por Roxin.

5.2 EL CONSENTIMIENTO EN LA EUTANASIA

Si bien a lo largo de este escrito se ha hecho referencia a esta figura, ahora se quiere delimitar al que surge en el campo médico, por cuanto como se anotó, la eutanasia tal y como fue comprendida, es practicada por un galeno, quien buscará como regla general obtener la autorización de su paciente para practicar el procedimiento, en aras de respetar su autonomía y constatar que su decisión sea libre e informada. Así se habla del consentimiento informado, como aquel derecho que tienen las personas de conocer en detalle las ventajas y desventajas del acto al que se van a someter o del medicamento que se les va a suministrar, exigiéndose que en quien lo otorga concurren los siguientes requisitos: en primer lugar se requiere la capacidad de consentir, la cual si bien es entendida como una capacidad jurídica, se cree que se trata más de una capacidad de comprender lo informado y con base en ello poder tomar una decisión de manera consiente. Esto por cuanto, si bien en los casos de menores de edad, se solicita la autorización de sus representantes legales, lo que prima es el grado de madurez de aquellos para discernir, incluso la Corte Constitucional en distintas providencias ha preferido el criterio del menor sobre el de sus padres⁴⁴; en segundo lugar la voluntad expresada debe ser libre de vicios, como el error, la fuerza o el dolo, y; en tercer término se exige objeto y causa lícita.

Por otra parte, en la doctrina y en la jurisprudencia se suele hablar de varias clases de consentimiento, a saber: directo, para cuando es el mismo paciente quien lo otorga; subrogado o sustituto en los casos donde por incapacidad de la persona, son sus familiares o representantes quienes lo avalan; hipotético, en los eventos donde pese a

⁴⁴ Así por ejemplo, en la sentencia T – 1025 de 2002, la Corte Constitucional señaló que en los eventos de las operaciones invasivas, como las practicadas a las personas hermafroditas, prevalece su consentimiento, así se trate de menores de edad. (Corte Constitucional, T- 1025, 2002).

existir falencias en la información, se concluye que así se hubiese dado correctamente, el enfermo o quien tuviera la potestad de decisión, habrían igualmente consentido, y; presunto, que puede surgir por vía legal, como en el tema de donación de órganos⁴⁵, o en situaciones complejas, donde el sujeto se encuentra en una situación que le impide otorgarlo y no alcanzó a manifestarlo de manera verbal (informal) o escrita (formal), por lo cual se debe acudir a elementos que permitan establecer (en forma de presunción) cuál sería la decisión que tomaría si pudiera hacerlo.

Se considera que el consentimiento en el caso del derecho a morir con dignidad debe corresponder con aquel que es tomado directamente de su titular, pues su ejercicio no puede corresponder más que a la autonomía que dignifica a la persona, sea que lo haya prestado de manera previa a la patología que lo abruma o posterior a ésta. Así, no habrá problema si un individuo se encuentra en una situación que le impide manifestar sus designios, pero que antes de ello, ya los había expresado de manera verbal o escrita, pues de todas formas se ésta respetando la decisión que libre y conscientemente tomó.

La ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), en sus artículos 15 y 16, señala que el médico cumple con su deber de informar el riesgo previsto con el aviso que haga al enfermo a sus familiares allegados, con lo cual se puede decir que el galeno traslada el riesgo en cabeza de éstos, y, en el evento de concretarse aquel, no podrá existir reproche alguno, pues aquellos lo asumieron, es decir, hicieron suyas las posibles consecuencias. Así, esta ley avala el consentimiento dado directamente por el enfermo o por terceros, sin que para el caso de estos últimos condicione su legitimación a partir de la manifestación anterior del interesado; se cree que en materia del derecho a la muerte

⁴⁵ Véase la ley 1805 de 2016, en virtud de la cual se presume que las personas una vez fallecen quieren donar sus órganos, salvo que en vida manifestasen lo contrario de acuerdo al protocolo señalado en esa misma norma.

digna, se debe tomar con reserva el consentimiento dado por terceros, salvo que se encuentren legítimamente autorizados por su titular, pues se insiste en el sumo respeto por la autonomía, en tanto, en estas materias a diferencia de lo que ocurre en otras, no se traslada un riesgo, sino un hecho cierto e irreversible, que es la muerte. Por lo cual se aboga, para que en estos casos el consentimiento sea claro, libre e inequívoco.

Ahora, se comparte la figura del consentimiento presunto frente a las personas incompetentes, en virtud del cual a partir de ciertas pruebas, se logra establecer cuál habría sido la decisión que hubiesen tomado en caso de ser competentes, esto es, de escoger entre la vida o la muerte, pues se considera que aun así, la autonomía se termina respetando aunque sea de manera indirecta. Siendo pertinente citar en este momento el caso Karen Quinlan, sucedido en los Estados Unidos de Norteamérica para el año 1975, donde esta paciente se encontraba dependiendo de un respirador artificial a causa de un coma permanente, por lo que sus padres solicitaron autorización judicial para que le permitieran tener una muerte digna, lo cual fue negado en primera instancia, pues se señaló que no existe un derecho a morir que puedan impetrar los padres de una persona incompetente. Más esto fue revocado por el Tribunal Supremo de New Jersey, ya que al aplicar lo que se ha denominado “estándar del juicio sustituido” llegó a la conclusión que en el evento que Karen hubiese estado lúcida, habría optado por el derecho a morir, además que, en tratándose de situaciones de salud que chocan con la dignidad de las personas, el interés del Estado por preservar la vida empieza a decaer, al punto tal que es vencido por los intereses del individuo cuando la enfermedad avanza y el pronóstico empeora (Juanatey, 2002, p. 54); Nótese que en este evento el concepto de los mejores intereses, es distinto al que planteaba Dworkin, en tanto no es un criterio paternalista, sino por el contrario, uno que redundaba en la libertad del sujeto, el cual se comparte.

Por otro lado, respecto a la eutanasia en menores se apela para que se respete la autonomía de aquellos, donde a partir de bases serias, se pueda establecer que su grado de madurez psicológica les permite comprender el significado de la muerte. Así, si bien en todos los casos de eutanasia, se debe contar con un equipo interdisciplinario que

colabore en el proceso, en éstos particularmente debe ser mayormente calificado y cualificado, a fin de que el consentimiento dado realmente corresponda al querer del menor. No se desconoce el interés de los padres, y es importante contar con aquel, pero éste no puede sobreponerse sobre los intereses de los hijos que tienen la capacidad suficiente para tomar la decisión, máxime si como se dijo, no se trata de trasladar un riesgo, sino de aceptar la muerte.

Finalmente, como punto neurálgico, se tienen aquellos casos donde no es posible obtener el consentimiento del paciente ni siquiera de manera indirecta a través del “estándar del juicio sustituto” realizado por un juez, pues cuando era competente nunca realizó alguna manifestación que permitiera presumir la decisión que hubiese tomado, o, simplemente porque se trata de una persona que desde el nacimiento es aquejada por serios problemas de salud. Así, piénsese por ejemplo en los siguientes eventos: 1) persona que se encuentra en Estado vegetativo y cuyo estado de salud cada día merma, pero que jamás pronunció palabra que permita arribar al consentimiento presunto; 2) niño incapacitado de manera total para la toma de una decisión, pues vino al mundo con una patología que además de impedirselo, lo agobia con graves sufrimientos que le aseguran una muerte a temprana edad, y; 3) persona con una enfermedad mental grave que le impide dar su consentimiento y donde al igual que en los anteriores supuestos, no es posible saber su decisión si quiera de forma indirecta, como quien padece alzheimer, la cual es una aflicción que a medida que avanza agota la existencia y menoscaba la dignidad.

El problema en los asuntos de incompetencia no resultaría tan complejo si por lo menos de manera indirecta se pudiese llegar al consentimiento, lo cual no sucede en las hipótesis acabadas de señalar, pues además de la incapacidad de expresarlo, se tiene la imposibilidad de establecer la presunción, toda vez que no hay elementos de juicio que le permitan a un juez hacer la inferencia. Así, pese a que la persona es titular del derecho a la muerte digna, no lo puede ejercer, dado que para ello se requeriría contar con su

consentimiento, aunque sea de manera indirecta, sobre todo si se considera que la consecuencia que deviene es la muerte.

En ese sentido y por respeto a la autonomía del ser humano, se considera que en los sucesos de incompetencia donde no sea posible determinar qué decisión hubiese tomado el paciente en su periodo de lucidez, no es posible hablar del ejercicio del derecho a morir. Sin embargo no por ello se muestra indiferencia ante aquellas situaciones que dan al traste con la dignidad humana, por lo que se apuesta por una visión amplia del concepto de eutanasia como una especie dentro del género muerte digna, de la siguiente manera: el ejercicio al derecho a morir enmarcado desde la eutanasia requiere consentimiento (directo o indirecto), pero no toda eutanasia presupone dicho consentimiento, pues en últimas de lo que se trata es de ayudar a morir bien a otra persona, por lo cual pueden existir situaciones extremas (como las ilustradas en el párrafo anterior) donde se pueda prescindir de la decisión del paciente, sin que deje de ser legítimo, pues el Estado no abandona con ello la protección del bien jurídico vida que le compete, en tanto como fue advertido al inicio de este escrito, dicho amparo debe corresponder con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Así, en el capítulo anterior, se tomó partido por la despenalización de conductas como el homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio por motivos piadosos, en tanto se consideró que no existe necesidad de proteger el bien jurídico en estos eventos y por tanto tampoco se percibe como necesaria sanción alguna, lo cual lleva igualmente a concluir, que es posible la regulación de la eutanasia sin el consentimiento del sujeto pasivo para casos excepcionales, donde la muerte sea concebida como la única salida para dignificar a la persona, pues se trata de comportamientos que en nada perturban los fines sociales y por el contrario encuentran asidero en el deber de solidaridad que por mandato constitucional compete a todos; incluso, se puede decir que si el Estado se muestra indiferente en estos casos, se torna arbitrario, pues termina sobreprotegiendo el derecho a la vida.

Es claro que la regulación de la eutanasia sin el consentimiento de la persona, debe hacerse bajo criterios mucho más estrictos, partiéndose de la hipótesis que la muerte es la decisión menos recomendada, pero que a partir de un proceso dialéctico la conclusión sea que no existe una alternativa distinta para realizar el principio de la dignidad humana. De tal suerte que no se termine en prácticas eugenésicas, sino que el propósito querido no sea matar a alguien, sino poner fin a los sufrimientos que padece; así, sería una labor entre las instituciones de salud, que son quienes autoriza el Estado, y los familiares más allegados, quienes tendrían la decisión última.

Así las cosas, se puede decir que el concepto de muerte digna contiene dos esferas: la primera y principal, que la concibe como un derecho, para cuyo ejercicio debe mediar el consentimiento directo o indirecto de la persona, y; la segunda, que la observa como un deber estatal, en aras del cumplimiento del deber de solidaridad consagrado en la Carta Magna, el cual se agota con regular el procedimiento idóneo de eutanasia, pues como se dijo, la decisión en estos casos, compete a los familiares más allegados.

5.3 LA EUTANASIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El fundamento de la muerte digna en Colombia se encuentra en la sentencia C- 239 de 1997, en la cual la Corte Constitucional examina la exequibilidad del artículo 326 del Código penal de 1980, que consagraba el homicidio por piedad, pues como ya se había indicado, el actor alegaba que atenuar la responsabilidad del agente en esos casos, era prácticamente conceder licencia para matar. Afortunadamente dichos argumentos fueron rechazados, y por el contrario, se esbozan criterios a favor del derecho a morir con dignidad. Así por ejemplo, se alcanza a percibir que el alto tribunal avala el la eutanasia con la condición de que no sólo concurra la piedad en el sujeto activo (que debe ser un médico), sino que el sujeto pasivo se encuentre en una condición que dé al traste con la dignidad humana, conllevando a otro a obrar conforme al deber de solidaridad.

A voces de esta providencia, respecto al derecho a morir, se observa como necesario el sentimiento de piedad, además que ancla el comportamiento directamente al campo médico, donde resulta primordial obtener el consentimiento del paciente que se encuentra padeciendo una enfermedad terminal, en aras del profundo respeto de su autonomía, pues en estos casos el deber del Estado de proteger la vida cede o se debilita frente a los intereses del sujeto, quien queda en libertad de escoger entre seguir viviendo o cortar su existencia. Debiéndose en todo caso, ofrecer los cuidados paliativos para aminorar el dolor, a fin que la decisión sea producto de una reflexión responsable, la cual una vez tomada el Estado no puede oponerse a ella, en tanto sería estatuir la obligación de vivir, aun en condiciones oprobiosas.

Por otro lado, la Corte exhorta al Congreso de la República para que regule el derecho a la muerte digna bajo procedimientos estrictos y, señala que mientras ello ocurre, todos los casos, incluidos los practicados por profesionales de la salud, deben llevarse al ámbito penal, a efectos de establecer si se configuran los elementos subjetivo y objetivo, de tal suerte que, si se trata de un particular, se haga acreedor de la atenuación que consagra el homicidio pietístico, y, en el evento de los médicos, establecer si el consentimiento dado por el paciente se constituye como casual de justificación y por ende, exonerarse de responsabilidad penal.

Como puntos de reparo a la sentencia C- 239 de 1997, se pueden señalar los siguientes: a) ata el criterio de dignidad al padecimiento de una enfermedad terminal, no dando lugar a otros conceptos de dolor, como la aflicción moral; b) parece que exigiera en el médico el sentimiento de piedad, cuando ello no es requisito para llevar a cabo la eutanasia; c) indica que en todos los eventos, se debe abrir investigación penal para determinar si la conducta del galeno es antijurídica o no; d) el consentimiento aceptado únicamente es el directo, no se acepta el presunto; e) no se hace referencia al consentimiento dado por los menores, y; f) no se alude a aquellos casos donde no es posible llegar siquiera al consentimiento presunto. No obstante, es imposible dejar de

reconocer que es a partir de este precedente que en Colombia por lo menos empieza a darse el debate respecto al derecho a morir.

Así, en aras de acatar lo ordenado por el Alto Tribunal, el Senador Germán Vargas Lleras, radica ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 93 del 21 de septiembre 1998, “por medio del cual se establece el derecho a morir dignamente”, no obstante fue archivado. Sin embargo, se debe anotar que el contenido del mismo, realmente no correspondía con el ejercicio del derecho a la muerte digna, pues lo que consagraba era la posibilidad de que el paciente mayor de edad, mediante un documento de rechazo, se negara a recibir tratamiento médico o quirúrgico, siempre y cuando se tratara de una enfermedad terminal e incurable, es decir, una eutanasia pasiva, en tanto no se despliega ninguna acción para causar la muerte, sino que ésta llega por la evolución natural de la enfermedad. Ello simplemente corresponde a la autonomía plena de todo paciente en no aceptar las prescripciones médicas. Incluso, ello está regulado desde la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981, en los cuales se prescribe la posibilidad de prescindir de los servicios médicos y se plasma el consentimiento informado como requisito para poder realizar algún procedimiento en el enfermo, de tal suerte que si éste no lo otorga no es posible proceder⁴⁶. Razón por la cual se considera inoficiosa dicha iniciativa legislativa.

En el año 2004, el ponente de la sentencia C – 239 de 1997, Dr. Carlos Gaviria Díaz, ya como Senador, pero con el mismo interés de salvaguardar el derecho a la muerte digna, presenta el Proyecto de Ley estatutaria 155 de 2004 “por la cual se desarrolla el artículo II de la constitución política y se dictan otras disposiciones relacionadas con la

⁴⁶ La Corte Constitucional en sentencia T – 493 de 1993, sentó postura al respecto y señaló que en aras de respetar la libertad del paciente, es éste, quien determina voluntariamente si decide o no aceptar un tratamiento.

dignidad humana de los enfermos terminales”, en el que se regulaban temas como los cuidados paliativos y, de suma importancia: la eutanasia activa. Sin embargo, fue retirado por el propio Gaviria, frustrándose la posibilidad de convertirse en Ley, lo cual es lamentable, en tanto hubiese dado paso al verdadero ejercicio del derecho a morir.

En el año 2006, el Senador Álvaro Ashton Giraldo, presenta ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 29 “mediante el cual se reglamenta el derecho de los enfermos terminales a desistir de medios terapéuticos y se prohíbe el ensañamiento terapéutico”, pero igualmente fue archivado. Y al igual que el proyecto de 1998 señalado, no regulaba la eutanasia, sino la ortotanasia, pues el paciente mayor de edad, que padeciera una enfermedad terminal e incurable, podía rechazar mediante escrito los tratamientos que infructuosamente alargaran su vida, teniendo derecho a los cuidados paliativos. Por lo que correspondía a una iniciativa que se compadecía con el derecho a la dignidad humana de las personas, pues buscaba procurar los menores sufrimientos hasta que la misma enfermedad cause el ocaso; sin embargo no regulaba el ejercicio del derecho a morir, de tal suerte que aún sin llegar a culminar en ley de la República, sus mandatos ya tenían vida jurídica, por disposición de la ley 23 del 81 y la sentencia del año 97 ya referenciada.

Por otro lado, para el año 2005, el Senador Armando Benedetti Villaneda, radica el Proyecto de Ley Estatutaria 100 de 2006, mediante el cual se regula el procedimiento de eutanasia y el suicidio asistido, tendiendo como puntos relevantes los siguientes: la dignidad de la persona no sólo entra en choque con la vida por el hecho de una enfermedad terminal, sino también cuando los intensos dolores sean producto de una lesión corporal, con lo cual si bien no se abarca el tema del dolor moral, es un avance en el concepto de dignidad; la persona facultada para tales fines es un profesional de la salud (médico tratante), quien puede negarse a realizar el procedimiento, ante lo que se permite acudir a otro galeno; el paciente puede ser una persona adulta o un menor de edad, pero en el evento de estos últimos se debe obtener el consentimiento de los padres; la solicitud puede realizarse de manera oral o escrita; el consentimiento

informado debe brindarse de forma clara y expresa, a fin de constatar que la voluntad es libre e inequívoca; en el caso de personas incompetentes, es posible que antes de aquel estado dejen designado a alguien para dar a su nombre la autorización (petición por instrucción previa), y cuando ello no sea posible, la decisión queda en manos de sus familiares y en ausencia de éstos, queda facultado para solicitar aplicar la eutanasia el médico tratante; se establece la conformación de un equipo interdisciplinario que ayude en el proceso al enfermo y a sus familiares, además que posterior a la muerte, debe de realizarse un registro y control del procedimiento; establecía los cuidados paliativos, y; proponía la modificación de los artículos 106 y 107 del Código Penal, a efectos de exonerar de responsabilidad penal a los médicos que llevaran a cabo el proceso.

El anterior proyecto fue archivado, siendo lamentable, pues realmente pretendía regular de una forma seria la eutanasia activa y el suicidio asistido, tratando de abarcar varias de las cuestiones que surgen en estos temas y que han sido discutidas en este escrito. Y, aunque el mismo Senador ha insistido dos veces en el contenido del mismo, ha corrido con igual suerte. La primera en compañía de la parlamentaria Gina Parody bajo el Proyecto de Ley Estatutaria de 005 de 2007 y la segunda, nuevamente en solitario, mediante el Proyecto de Ley Estatutaria 070 de 2012, indicando que no pretende apoyar una cultura de muerte sino una cultura de dignidad.

Se comparten las propuestas legislativas del Senador Benedetti y, como apuntes frente al mismo, en aras de una regulación integral, se tiene que hace falta ampliar el concepto de dignidad, pues el derecho a la muerte digna no puede condicionarse a las solas patologías físicas, en tanto como pudo observarse, también existen algunas afecciones psicológicas que dan al traste con la dignidad de las personas. Por otra parte, en el caso de las personas incompetentes que no pueden manifestar su consentimiento, debe profundizarse en su regulación, a efectos que no sólo se verifique su estado de salud, sino cuáles habrían sido sus intereses a fin de llegar a un consentimiento presunto, y, si ello no es posible, como último recurso, dejar la decisión en manos de sus familiares

más allegados y, en situaciones extremas, en cabeza de un profesional de la salud, pero debiendo surtirse todos los pasos para descartar la ausencia de aquellos. Con lo cual se cree que se protege la muerte digna como derecho y como deber estatal, destacando que en todos los eventos se debe apelar en primera medida a obtener el consentimiento del paciente preferiblemente de forma directa, y en el caso del consentimiento presunto, éste debe desecharse si de acuerdo a los intereses del paciente la muerte no era concebida como una posibilidad, por ejemplo, si una persona incompetente que no fijó postura frente al derecho a morir, pero se profesó cristiana y fue devota a lo largo de su vida, pues lo más probable es que si estuviera lúcida se mostraría en contra de la eutanasia.

El Congreso de la República, decide regular el tema de la ortotanasia a través la ley 1733 de 2014, mediante la cual se ofrecen cuidados paliativos a los pacientes que padezcan una enfermedad terminal, donde podrán rehusarse a la aplicación de tratamientos que lo único que impliquen es alargar la vida sin esperanza de mejoría, pudiendo incluso dejar un documento de voluntad anticipada y, en ausencia de éste, la decisión la deben tomar sus familiares más cercanos, con preferencia del cónyuge, hijos y padres. Y, Cuando se trata se menores de edad la decisión le corresponde a sus padres, salvo cuando son mayores de 14 años, pues en ese evento sólo deben ser consultados. Sin embargo, como se había dicho, este tema se podía resolver desde la Ley 23 de 1981 y su decreto reglamentario.

El Senador Benedetti, persistente en su lucha, el 4 de noviembre de 2014 presenta nuevamente Proyecto de Ley Estatutaria No. 117, en el cual mantiene casi que incólume el contenido de los anteriores, sólo que en éste ya no contempla la posibilidad de la eutanasia o el suicidio asistido en menores de edad, pero al igual que los demás también fue archivado. En la exposición de motivos se invocaron varias razones, entre ellas que el Estado Social de Derecho se fundamenta en el principio de la dignidad humana y, que en el derecho comparado, países como Holanda, Bélgica y Suiza, han regulado el derecho a morir.

Ese mismo año, la Corte Constitucional nuevamente se ocupa del tema, mediante la sentencia T – 970 de 2014, en la cual básicamente mantiene su postura del año 97, en tanto condiciona el derecho a la muerte digna al padecimiento de una enfermedad terminal que le cause graves dolores y sufrimientos, dejando por fuera el dolor moral. Sin embargo, como puntos importantes se tienen, que de su lectura no se observa que el enfermo deba ser una persona mayor de edad y, además, señala la posibilidad del consentimiento sustituto de los familiares, para los casos de incompetencia, lo cual si bien no realiza el ejercicio del derecho a morir (pues no es una decisión autónoma del paciente), si hace parte de la muerte digna como deber del Estado en cumplimiento de la obligación de actuar conforme al principio de solidaridad; en este precedente, el Alto Tribunal señala que el derecho a la muerte digna es un derecho fundamental autónomo, que si bien se relaciona con la autonomía y la vida, no hace parte de éstos, sino que surge en circunstancias muy particulares constatables. Por ello resalta la omisión legislativa y exhorta nuevamente al Congreso de la República para que regule el asunto, y, ordena al Ministerio de Salud emitir una directriz que permita a las instituciones de salud en general, abordar las solicitudes de eutanasia, y sugerir un protocolo médico para su realización.

Así las cosas, el Ministerio expide la Resolución 1216 de 2015 mediante la cual da cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional, para que se fijen las directrices que permitan hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. Entre éstas se destacan: a) que se trate de una persona mayor de edad que padezca una enfermedad terminal; b) igualmente se deben ofrecer los cuidados paliativos, y c) el consentimiento puede ser posterior a la patología o previo mediante un documento de voluntad anticipada o testamento vital. A pesar de hablar de consentimiento sustituto, esto se torna ineficaz, por cuanto ello está condicionado a que el enfermo haya manifestado su voluntad de manera precedente. Se trata entonces de una disposición que deja por fuera varios aspectos importantes, como por ejemplo, la eutanasia en menores de edad, el consentimiento presunto, el dolor moral y lo concerniente a aquellas personas incompetentes que nunca hicieron manifestación alguna que permita realizar un juicio

hipotético. El Tribunal Constitucional es consciente de las falencias de la resolución 1216 de 2015, pues así lo expresó en sentencia T – 423 del 4 de julio de 2017, donde además reiteró el exhorto al Congreso de la República para que regule la materia.

No obstante los grandes vacíos que se perciben en la mentada resolución, es un logro para Colombia, toda vez que ello permitió que el 3 de julio de 2015 se pudiera practicar la primera eutanasia legal, pues si bien desde la sentencia C – 239 de 1997 la Corte Constitucional reconoció el derecho a morir, determinó que todos los casos debían ser llevados al ámbito penal, para que se estableciera si la conducta del médico era o no antijurídica, tal y como se manifestó líneas atrás. Siendo claro que los profesionales de la salud, en una actitud comprensiva, preferían no inmiscuirse en estos asuntos, en tanto les correspondía defenderse en un proceso penal, lo cual no es para nada grato, si se tiene en cuenta que además de la angustia de tener a espaldas al poder punitivo, deben contratar los servicios de un abogado que represente sus intereses.

Uno de los eventos no regulados más emblemáticos, es el de la eutanasia en menores de edad, el cual ni siquiera había sido tocado por la Corte Constitucional hasta la sentencia T – 544 de 2017, donde se aborda el caso de paciente de 13 años de edad con parálisis cerebral severa desde su nacimiento, quien a causa de la enfermedad desarrolló otras, que hacen de su vida un calvario, por lo cual sus padres reclaman el derecho a morir con dignidad. En esta providencia la Alta Corporación, señaló que en su línea jurisprudencial sobre muerte digna, no ha condicionado el derecho a pacientes mayores de edad, pues del mismo también son titulares los niños, niñas y adolescentes, en tanto no se los puede someter a tratos crueles e inhumanos, ni obligarlos a soportar graves sufrimientos, dado que ello iría en contra de su dignidad. Así, señala la importancia de obtener el consentimiento del menor de acuerdo a su grado de madurez que le permita comprender los fines del procedimiento y, contempla la posibilidad del consentimiento sustituto, para aquellos casos donde el menor se encuentre en imposibilidad fáctica de manifestarlo, el cual no sólo lo pueden otorgar los padres, sino también personas que legalmente se encuentren a cargo de éste; la Corte reitera el

exhorto al legislativo para regular el tema e imparte dos órdenes al Ministerio de Salud: la primera que consiste en presentar un proyecto de ley donde se precise lo concerniente al derecho a morir dignamente para todas las personas, y la segunda, referente a que disponga lo necesario para que las entidades de salud cuenten con un equipo interdisciplinario que permita hacer efectivo el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes.

Hasta la fecha sólo se ha cumplido con el segundo mandato, mediante la expedición de la Resolución 825 de 2018, la cual en armonía la Resolución 1216 de 2015, hace posible la aplicación del procedimiento eutanásico en menores de edad, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) que padezca una enfermedad terminal, cuyo pronóstico de recuperación sea negativo, sin esperanza de vida superior a 6 meses y que presente sufrimiento constante e insoportable que no pueda ser aliviado; b) edad superior a 12 años, y excepcionalmente desde los 6 años, cuando su nivel neurológico y psicológico le permita tener un concepto de muerte esperado para un niño de 12 años, estos es, cuando la entienda como algo irreversible, universal e inexorable; c) concurrir la solicitud con quien ejerce la patria potestad si se trata de persona menor de 14 años y; d) el consentimiento sustituto sólo puede ser otorgado por quien ejerza la patria potestad, cuando el menor habiéndolo expresado se encuentre en imposibilidad de reiterarlo. Así, quedan excluidos de la eutanasia los recién nacidos, los neonatos, los menores de 6 años, lo que se encuentren entre los 6 y los 12 años que no tengan un concepto claro de muerte y aquellos que presenten alteraciones de conciencia, discapacidades intelectuales o trastornos psiquiátricos que alteren su capacidad de emitir un juicio reflexivo.

De otro lado la mentada disposición, de una manera más amplia, regula la ortotanasia o los cuidados paliativos para niños, niñas o adolescentes, no sólo en aquellos casos donde se padezca una enfermedad terminal, sino también en los siguientes eventos: a) condiciones amenazantes para la vida donde el tratamiento curativo puede fallar; b) cuando la muerte prematura sea inevitable; c) que padezca patologías progresivas sin

esperanza de cura, y; d) enfermedades irreversibles, que sin ser prematuras afectan la salud y llevan a la muerte prematura. En estos eventos el menor puede renunciar a los cuidados paliativos de manera autónoma si es mayor de 14 años y, en caso de carecer de capacidad para tomar la decisión, ésta le corresponde a quienes ejerzan la patria potestad.

Como puede observarse, pese a la omisión legislativa, Colombia desde el año 1997 ha intentado desarrollar lo concerniente a la muerte digna, sobre todo por la insistencia de la Corte Constitucional para que así se haga. Sin embargo, aún falta abordar el debate de una manera profunda, pues como pudo percibirse en el estudio del derecho comparado, la dignidad no sólo se ve menguada por el padecimiento de enfermedades terminales, sino por otras situaciones, como los sufrimientos graves provenientes de una lesión corporal o del dolor moral que agobia. Además, hoy en día no es posible la práctica de la eutanasia a personas que se encuentran en incapacidad para manifestar su decisión, como quienes se hallan en estado vegetativo o sufren una enfermedad mental como el alzheimer, salvo que previamente hayan declarado su voluntad de manera anticipada. No se contempla la posibilidad de obtener un consentimiento presunto y mucho menos uno sustituto.

Es claro, que bajo estas circunstancias hay personas que son sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes, donde el propio Estado las obliga a vivir, ofreciéndoles cuidados paliativos para aminorar el dolor hasta que la muerte llegue de manera natural, lo cual en algunos casos sucede, pero en otros son años y años de espera. Es por ello que lo que se requiere es una regulación de la muerte digna en relación con la eutanasia activa o con el suicidio asistido, pues la denominada ortotanasia o la eutanasia pasiva, son cuestiones que se resuelven desde la propia autonomía del paciente en rechazar cualquier tratamiento, es más, lo único positivo de la Ley 1733 de 2015 y de la Resolución 825 de 2018 es el consentimiento sustituto, pues respecto a lo demás, era algo que ya comprendía el ordenamiento jurídico.

Mucho más grave aún, es lo siguiente: En Colombia la eutanasia sigue siendo ilegal. Ello por cuanto su regulación se ha realizado a través de resoluciones emanadas del ejecutivo, las cuales en el orden jerárquico que les compete deben de respetar la ley y no contrariarla. Así, si la Ley 599 de 2000 en sus artículos 106 y 107, sanciona el homicidio pietístico y la inducción o ayuda al suicidio por piedad, respectivamente, es claro que si alguien actúa bajo estos presupuestos, incluidos los médicos, deben quedar sometidos a las sanciones que contemplan dichos tipos penales, pues no existe una ley especial respecto a la muerte digna que diga lo contrario. No puede entonces un acto administrativo exonerar de responsabilidad penal a los galenos, en tanto como lo señaló la Corte Constitucional, si bien no existe norma expresa que sugiera una jerarquía a manera de pirámide Kelseniana en el ordenamiento jurídico colombiano, ello se desprende de la lectura íntegra del mismo:

Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. (Corte Constitucional, C – 037, 2000).

Es más, la ilegalidad de dichas resoluciones deviene más palpable, cuando se da lectura al artículo 152 de la Carta Magna, el cual señala que la regulación de los derechos fundamentales la debe realizar el Congreso de la República a través de leyes estatutarias, lo cual sería aplicable en este caso, en tanto se trata del derecho a la vida y, en palabras del alto Tribunal Constitucional, del derecho fundamental a la muerte digna. Así las cosas, sólo quedaría la sentencia C – 239 de 1997, la cual como se dijo, precisa que hasta tanto el legislador no regule la materia, todos los casos deben de llevarse a la jurisdicción ordinaria penal a efectos de establecer si la conducta del galeno es justificada o no; en tanto que las de tutela, se pueden aplicar a situaciones con presupuestos fácticos similares.

Una reflexión seria del Congreso de la República permitiría regular la muerte digna tanto como derecho y como deber estatal, partiendo de entender los fines del Estado como aquellos que procuran conservar la sociedad, protegiéndola de conductas que choquen con ello. Dejando de concebir la vida, sin fundamentos objetivos, como algo sagrado e intocable, y convirtiéndola casi que en una obligación, cuando como se vio, existen eventos en que su lesión por parte de su titular o de un tercero (autorizado en unos casos y en otros no) se encuentra justificada, pues resulta necesario para dignificar a la persona.

Ahora, regular la eutanasia activa o el suicidio asistido, es primordial, en tanto sólo con ésta se sabe a ciencia cierta cuando van a cesar los sufrimientos que hacen indigna la vida del ser humano. Lo cual debe hacerse bajo criterios estrictos, apelando como regla general al consentimiento de la persona, así sea de forma indirecta y, de manera excepcional, por la voluntad de otros que actúan igualmente en cumplimiento del deber de solidaridad y por motivos altruistas; debiendo en todos los casos ser realizada por un médico, pues quién más idóneo para procurar un buen morir, que alguien que estudia las ciencias de la vida. No queriendo decir con ello, que el galeno deba actuar siempre por piedad, como parece entenderlo la Corte Constitucional, pues ello es posible que no ocurra, pero sí que lo haga bajo criterios de responsabilidad como parte del ejercicio de su profesión.

Finalmente, es importante tener presente en esta labor los desarrollos en el derecho comparado, donde como se pudo apreciar se maneja un concepto de dignidad mucho más amplio al caso colombiano, pues no sólo se permite la muerte digna en situaciones de enfermedades terminales, sino también para sufrimientos insoportables provenientes de patologías mentales incurables; en el caso holandés hay un gran avance en el consentimiento sustituto para los neonatos y en el caso de Bélgica, no existe límite de edad para que se permita morir con dignidad; Además que, como debe de ser, en ambas legislaciones la regulación se ha hecho a través de leyes y no de simples resoluciones.

Corresponde entonces al Estado regular de una forma seria el tema de la muerte digna, de tal suerte que le otorgue legitimidad en la protección del bien jurídico vida. Donde exista autoridad pero también se respeten los derechos fundamentales de libertad y dignidad de los que son titulares todas las personas. Lo cual, como se vio, no resulta incompatible cuando se concibe al ser humano como miembro de una comunidad política⁴⁷.

⁴⁷ Sólo así se podrán opacar pensamientos como el de Kottow (2207), quien sostiene lo siguiente: “Las paradojas continúan: habiendo perdido la vocación social de amparar a su ciudadanía, el estado no obstante se erige en arbitro moral de asuntos sociales como la política de hospitalidad, el aborto procurado, el desarrollo y uso de células embrionarias, la regulación de técnicas de regulación asistida, la definición clínica de muerte y normativas de trasplante de órganos, el matrimonio homosexual, la eutanasia”. (p. 38).

ANÁLISIS DE CASO, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se quiere ahora de dar aplicación a los distintos planteamientos esbozados en este escrito, a fin de analizar un caso sucedido en Colombia que fue llevado a los estrados judiciales, para establecer si desde la razón pública de la que se habló, se pueda concluir si existía o no el derecho a morir y si resultaba necesaria la respuesta del poder punitivo frente al tercero que colaboró en la muerte de otra persona.

Una vez lo anterior, se podrán sacar las conclusiones correspondientes y se harán algunas recomendaciones.

ANÁLISIS DE CASO

Se trata de analizar un caso sucedido en Colombia, en el cual se ven reflejados varios de los temas abordados a lo largo de este documento, como la restricción al concepto de dignidad, el tabú de la muerte, el misticismo que rodea la vertiente negativa de la vida, el vencer aquel aborrecimiento que genera ayudar a morir a un ser querido, entre otros. Queriendo relacionar todo ello con el mundo metafísico del derecho, sobre todo con esa esfera que se encarga de castigar drásticamente los comportamientos desviados que atentan contra la sociedad, a fin de establecer si realmente se observa como necesaria la respuesta del derecho penal frente a conductas eutanásicas como el homicidio por piedad o la inducción o ayuda al suicidio por motivos piadosos.

Así, Framb (2015), narra su historia de vida en su obra “Del otro lado del jardín”, en especial, aquella que comenzó a desarrollarse el 13 de abril de 2007, fecha del cumpleaños de su señora madre, una anciana de 82 años acongojada por múltiples dolencias, entre ellas la pérdida casi total de la visión, la osteoporosis, una fractura de fémur, los dolores intensos producidos por la artrosis, el insomnio pertinaz, la cefalalgia y la depresión. Quien a causa de todas esas dolencias manifestaba

constantemente su deseo de morir, pues como dice el autor, la vida se había convertido en una prisión de férreos barrotes, dado que además de no ser una candidata legal para el procedimiento de eutanasia, se profesaba sumamente religiosa, concibiendo el suicidio como un pecado.

Framb (2015), de ideas liberales y a favor de la muerte tranquila y voluntaria, en los días posteriores al natalicio de su progenitora quien era el motor de su vida, tomó la decisión de ayudarla a buen morir, sobre todo por las súplicas y lamentos persistentes en el mes de mayo, para que “Dios se acordara de ella”. Así, debía comenzar por convencerla del derecho que le asistía y que dejara de concebir el suicidio como un sacrilegio, sino que lo observara como una forma de aliviar sus dolencias, hasta que al final lo logró. Lo cual hizo nacer en éste, la idea de acompañarla en su viaje, es decir, cruzar junto a su madre el otro lado del jardín. Es así, como el día sábado 20 de octubre de 2007, prepara un coctel de morfina, yogurt y somníferos que es ingerido primero por la enferma y posteriormente por él, a eso de las cinco de la madrugada del día siguiente. Sin embargo, el plan no salió como se esperaba, pues éste fue auxiliado por su hermano, quien llegó de visita y se percató de la trágica escena: una madre muerta y su hermano mayor a medio morir.

Narra Framb (2015), que luego de ello su primer recuerdo lo marca el 23 de octubre del mismo año, en horas de la tarde, cuando en la camilla del hospital es imputado por el delito de homicidio agravado en contra de su madre y se le impone medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario. Es decir, debía afrontar un tortuoso proceso penal, el cual se desarrolla con normalidad y luego de cinco meses en prisión, el día 27 de marzo de 2008 es dejado en libertad, pues así lo decreto el juez de conocimiento al emitir sentido del fallo, el cual a pesar de ser de carácter condenatorio, lo era no por homicidio agravado sino por la ayuda al suicidio, de tal suerte que se le concedía la suspensión de la ejecución de la pena por un periodo de dos años; no obstante, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el Ministerio Público, revoca la decisión de

primera instancia, indicando que en dicho asunto no podía iniciarse investigación de oficio, sino que requería querrela de parte, la cual no existía, pues durante toda la actuación el hermano del procesado no quiso constituirse como víctima, en tanto apoyaba la conducta que ayudó a morir bien a su progenitora.

Así las cosas, lo primero que es pertinente preguntarse en este caso es si a la enferma le asistía el derecho a morir, lo cual debe responderse afirmativamente, en tanto es claro que las condiciones que afrontaba eran contrarias con su dignidad, pues pese a que no padecía una enfermedad terminal, si era afligida por sufrimientos insoportables, los cuales a criterio de los galenos que transitaron por el juicio oral eran incurables. De tal suerte, que la lesión al bien jurídico vida que tanto anhelaba se encontraba justificado. Así, en este evento los intereses de la enferma terminaban venciendo a los del Estado, quien como fue señalado, no puede oponerse a su voluntad de morir.

La muerte en este caso es vencida por los prejuicios religiosos, en tanto es la misma titular del derecho, quien la observa como el único alivio para sus dolencias, por lo que ya frente al Estado se ha extinguido la disposición que sobre la vida de ésta tenía, quedando dicha decisión en la esfera de la autonomía del individuo, quien decide ejercer el derecho de manera propia o con la ayuda de un tercero. Siendo este último supuesto el que aconteció en el caso abordado, donde como se ha sostenido, no existe legitimidad para la intervención del derecho penal, pues por un lado resulta claro que la vida merece protección, pero no de todas las conductas, sino tan sólo de aquellas que atenten contra los fines del Estado, lo cual no ocurre en este evento, máxime cuando el hijo ayuda a morir a su madre venciendo todos los dolores y reproches que ello le generaría, y; por el otro, existe consentimiento del sujeto pasivo, la cual es una causal eximente de responsabilidad penal, que para casos como estos, tal y como se señaló se señaló, es posible su reconocimiento, pues ya el bien jurídico resulta ser disponible.

Ahora, como sucede en Colombia, donde se encuentra tipificada la conducta de ayuda al suicidio por motivos altruistas, no resultaría necesaria una pena, toda vez que no

existe necesidad de la misma, sobre todo si se piensa en relación con el fin de la resocialización, pues es claro que Framb no necesita tal medida. Sus pensamientos liberales a favor del buen morir no van a cambiar, y con ello la sociedad no se encuentra perturbada en sus fines, antes por el contrario, se observa en su historia, un acatamiento real del deber de actuar con solidaridad; Incluso, podría pensarse en un estado de necesidad justificante si se pondera entre acatar la ley penal y el ayudar a cesar una vida en condiciones de indignidad, pues de seguro muchos en uso de esa razón pública de la que se habló, se inclinarían por el último, o, en un estado de necesidad exculpante, si se tiene en cuenta que ante situaciones excepcionales como la descrita, es probable que la generalidad actuaría como lo hizo el autor, de tal suerte que no sería posible realizarle un juicio de reproche.

CONCLUSIONES

1. Incluso fuera del Estado es posible concebir intereses o valores que merecen protección, pero sólo dentro de éste, aquellos tienen amparo de forma segura, al ser reconocidos por el orden legal como bienes jurídicos, necesarios para preservar la sociedad y permitir su desarrollo. Donde dicha transición entre una sociedad sin Estado a una que si lo conciba, encuentra una explicación coherente en las teorías del pacto social.

2. Los bienes jurídicos no son creados por el derecho penal, sino que éste emerge como una forma de protección de los mismos, a la cual el Estado acude como última razón de ser, para cuando las realidades sociales permitan percibir como necesaria su salvaguarda y se realice de una manera proporcional, pues si no se cumple con dichos principios de necesidad y proporcionalidad, lo que existe es arbitrariedad, siendo hipótesis de esta última las siguientes: a) que no se trate de un interés o valor que merezca protección; b) que mereciendo protección haya exceso frente a conductas que no atentan contra la sociedad y; c) que no exista proporcionalidad en la sanción.

3. Existen bienes jurídicos que por no interesar solamente al individuo sino también al Estado se tornan indisponibles, como la vida, pero no por ello, se debe engeguer en su protección, pues ésta deviene legítima cuando se cumplan con los principios de necesidad y proporcionalidad, los cuales generalmente deben de establecerse en relación con la conducta dañosa y no por el mismo bien como tal. Debiéndose castigar aquellas acciones u omisiones que lesionando el bien, atentan contra los fines de la sociedad.

4. La disposición de la vida como bien supremo de la sociedad corresponde al Estado, sin embargo ello no es absoluto, pues en casos excepcionales, cuando ésta entra en conflicto con la dignidad humana, la decisión sobre vivir o morir corresponde a su titular. Se trata de una ponderación donde los intereses del individuo vencen a los del Estado.

5. El derecho a la vida tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, donde la primera corresponde a aquel espacio en que el individuo se desarrolla como persona, en tanto que la segunda alude a la muerte, la cual en algunas circunstancias se muestra como la única alternativa para refrendar la dignidad de las personas, al punto tal que el Estado debe reconocer el derecho a morir dignamente.

6. La dignidad humana fija los derroteros de una vida que merezca ser vivida, apelando por la autonomía de cada sujeto en esa comprensión, quien tiene derecho a vivir sin humillaciones, a no ser objeto de tratos crueles y degradantes, incluso, en situaciones excepcionales, tiene la libertad de escoger entre la vida o la muerte, para cuando la primera no sea un reflejo del vivir bien. Así, este principio legitima conductas que dan al traste con el derecho a la vida, ya sean del titular del derecho o por parte de un tercero.

7. Algunos autores sostienen que la vida es un derecho y no un deber, por lo cual cada persona es libre de decidir, sin más ni más, hasta cuando quiere vivir, en tanto que

otros, sostienen que la legitimidad de protección deviene para el Estado por el carácter sagrado de la vida o porque las personas tienen interés en que no les maten, ante lo cual se aboga por un punto medio, de tal suerte, que el derecho a morir sea reconocido como una forma de reivindicar la dignidad humana, lo cual conllevaría la realización de algunas conductas que no perturban a la sociedad.

8. El derecho a morir nace cuando la vida entra en choque con la dignidad humana, no obstante resulta complejo determinar que debe entenderse por esta última, por lo que se sugiere acudir a una razón pública, en virtud de la cual varios sujetos juzguen como justo el poner fin a la vida de otro. Lo que al final de cuentas, terminaría convirtiéndose en una ponderación de intereses, pues de un lado se encuentra el interés del Estado en salvaguardar la vida, pero por el otro, el interés de dignificar al ser humano. De tal suerte que se debe acudir a cada caso en particular para tales fines.

9. Holanda es el ordenamiento jurídico pionero en regular la eutanasia, la cual es legalizada ante la necesidad de delimitar la praxis médica. Se trató de un ejercicio jurisprudencial que culminó con una Ley que permite a un médico intervenir en la muerte de un paciente, ya sea realizando el procedimiento eutanásico o colaborando en el suicidio.

Los desarrollos jurisprudenciales dejan entrever varios aportes, entre ellos, el señalar que no toda patología mental merma la capacidad de decisión en las personas, y que, en materia del derecho a morir, es posible que el galeno se escude en un estado de necesidad justificante o exculpante.

Ya en la regulación legal, se tiene que la eutanasia es permitida desde los 12 años, para cuando se padezca un sufrimiento físico o psicológico insoportable, derivado de una patología incurable, donde la muerte sea la única forma de alivio. Permitiéndose también a personas incapaces de otorgar consentimiento, pero sólo si de manera previa han dejado un documento de voluntad anticipada.

La legislación Holandesa aboga ante todo por el respeto de la autonomía del paciente, la cual se ve reflejada cuando éste otorga el consentimiento, siendo la única excepción, en aquellos casos de neonatos que nacen con afecciones de salud que le generan sufrimientos insoportables y la muerte se aprecia como algo inevitable a corto plazo.

A pesar de los grandes aportes, se considera que en este país existe sobreprotección del derecho a la vida, pues se castigan conductas como el homicidio por piedad y la ayuda al suicidio con fines altruistas, las cuales realmente no atentan contra los fines sociales.

10. Bélgica despenalizó la eutanasia en algunos eventos que coinciden en gran medida con la legislación Holandesa, pues de igual forma se debe tratar de sufrimientos físicos o psicológicos insoportables provenientes de enfermedad incurable, donde el ocaso de la vida sea la única solución. Y, al igual que aquel ordenamiento jurídico, también somete a control posterior el procedimiento; distando sólo en cuanto no existe límite de edad, pero en menores de edad, no se pueden alegar patologías mentales y, no se permite en neonatos, por cuanto lo primordial en todos los casos es la capacidad de discernimiento que le permita tomar una decisión.

Los incapaces sólo pueden acceder al procedimiento si dejaron un documento de voluntad anticipada, pues como se dijo, prima la autonomía, al punto tal que a los dementes o los incapaces no se les puede aplicar la eutanasia, y el único remedio, es acudir al retiro del suministro de medicamentos con autorización de los familiares.

Al igual, no se desconocen los trascendentales aportes de este país, sin embargo se debe continuar con la regulación, pues el homicidio pietístico aún es castigado si es realizado por un particular. Además, que falta de ocuparse de la muerte en neonatos y en aquellas personas incapaces que no manifestaron su consentimiento de manera anticipada, sea porque nunca concibieron la circunstancia como una posibilidad o porque su capacidad siempre ha estado menguada.

11. La sanción penal sólo es legítima cuando exista necesidad de protección del bien jurídico, tanto en abstracto como en concreto. Donde la primera deviene cuando se identifica el interés o valor objeto de tutela, en tanto que la segunda acontece cuando se precisan las esferas que van a protegerse, pues existen conductas que afectando el bien jurídico no atentan contra los fines sociales; así el principio de necesidad se convierte en un límite negativo a la labor legislativa.

12. Las distintas teorías de la pena enmarcan la problemática respecto a los fines de la sanción penal, pero olvidan indagarse por el principio de necesidad, el cual es punto de partida para la tipificación de aquellas conductas que por afectar gravemente a la sociedad merecen ser castigadas; es decir, no se preocupan por cuestionarse si en algunas situaciones existe sobreprotección del bien jurídico, pues sin ser necesario, terminan siendo punibles comportamientos que escapan de la órbita penal por no ser dañosos a la sociedad.

13. Se comparten las posturas de algunos autores que indican que el fin de la pena es confirmar la vigencia de la norma, pero sólo en el entendido que esa es una consecuencia de un fin supremo del derecho penal, cual es la protección de bienes jurídicos para proteger a la sociedad. Así, la intimidación, la resocialización, la prevención, entre otros, son también posibles efectos de dicho propósito.

14. El consentimiento del sujeto pasivo no resulta ser ajeno al derecho a la vida, pues este bien jurídico en situaciones excepcionales es disponible por su titular, esto es, para cuando nace en éste el derecho a morir. De tal suerte que aquel tercero que con consentimiento del individuo pone fin a su vida o lo auxilia en el suicidio, no le asiste responsabilidad penal, en tanto su conducta se encuentra justificada.

15. El homicidio eutanásico al igual que el auxilio en el suicidio por motivos piadosos, son conductas que no cumplen con el principio de necesidad, pues con dichos comportamientos no se daña a la sociedad, incluso sin mediar consentimiento del sujeto

pasivo, en tanto se actúa en cumplimiento del deber de solidaridad. De tal suerte que el artículo 106 de la Ley 599 de 2000 debería de desaparecer, en tanto que el artículo 107 de la misma norma debe reformarse a efectos que sólo sea castigada la conducta de aquel que coopera en el suicidio mostrando un desinterés por la vida de sus semejantes.

16. En términos generales, la eutanasia consiste en ayudar a morir bien a otro, la cual al ser regulada por el Estado se relaciona de manera directa con la ciencia médica, pues su práctica es permitida sólo si es llevada a cabo por parte de un médico, quien debe respetar la autonomía del enfermo expresada a través del consentimiento informado; No obstante, ello ocurre en un grupo reducido de países, en tanto la mayoría de legislaciones no avalan el derecho a morir bajo ninguna circunstancia.

17. Cuando existe regulación de la eutanasia por parte de un Estado, la discusión no gira en torno a la necesidad de protección del bien jurídico o necesidad de la pena, pues el comportamiento ya se torna atípico, de tal suerte que se trata es de observar mejor, la forma en que se ha reconocido el derecho a morir dignamente, pues en varias situaciones puede ejercerse bajo premisas que lo hacen nugatorio respecto de algunas personas, como los denominados incompetentes.

18. El derecho a morir puede ejercerse a través de la eutanasia, y si de ello se trata, siempre se deberá contar con la autorización del individuo, ya sea obteniendo el consentimiento directo porque de manera expresa lo dejó sentado en un documento de voluntad anticipada o porque lo manifiesta concomitante a la patología que lo agobia; o indirecto, para cuando se trate de llegar al mismo a través del juicio hipotético de los mejores intereses.

19. La autonomía que se predica de la relación médico - paciente, no es necesariamente garantía del respeto al derecho a morir, pues éste se predica en aquellos eventos donde el Estado a través de un tercero ayuda para causar la muerte de otro. De tal suerte que, la eutanasia pasiva o la ortotanasia no son reflejo de aquel derecho, pues negarse al

recibir determinado tratamiento es una facultad que les asiste por regla general a todos los pacientes.

20. En materia del derecho a morir se debe tomar con recelo el consentimiento dado por terceros, pues precisamente si se trata de un derecho su ejercicio no puede quedar más que al arbitrio de su titular, máxime cuando en estos casos no se traslada ningún riesgo, sino que se consiente es en la muerte; incluso, se comparte el tema del consentimiento presunto, pues así la autonomía se termina respetando aunque sea de manera indirecta. Siendo una posible solución para los casos de incompetencia que así lo permitan.

21. Toda eutanasia no presupone el ejercicio del derecho a morir, pues aquella es entendida de manera general como el ayudar a morir bien, sin que se exija el consentimiento. Por lo cual es posible su regulación en situaciones extremas sin que medie autorización del enfermo, para quien pese a ello, la muerte sea la única solución adecuada para poner fin a sus graves sufrimientos. Sin que por esto, el Estado abandone su deber de protección del bien jurídico vida, pues conductas como éstas no merecen sanción penal, sino que por el contrario reivindicán el deber de solidaridad y ayudan a materializar la dignidad de las personas.

22. El derecho a morir nace para cuando la vida da al traste con la dignidad de la persona, ya sea porque padezca sufrimientos (morales o físicos) insoportables sin esperanza de alivio, caso en el cual el sujeto puede disponer de su vida, incluso con la colaboración de un tercero que no necesariamente debe ser un médico. Sin embargo, por cuestiones razonables se aboga para que la legislación colombiana regule de una manera más íntegra la eutanasia, pues es claro que si ello ocurriese, aquellas conductas realizadas por particulares se extinguirían.

23. La regulación de la eutanasia en Colombia contrario a la experiencia de Holanda, no surge por la necesidad de regular la *lex artis* médica, sino como una preocupación

de la Corte Constitucional para que se regule el tema de la muerte digna. Sin embargo el Congreso de la República ha hecho caso omiso a las órdenes impartidas por el Alto Tribunal y ha archivado todos los proyectos de ley que se han presentado para tales fines, dejando la labor en el ejecutivo, quien a través del Ministerio de Salud ha expedido dos resoluciones mediante las cuales se orienta a los galenos a la hora de practicar la eutanasia.

24. La Corte Constitucional en sus distintos pronunciamientos además de preocuparse por la regulación de la muerte digna, ha realizado importantes aportes que no han sido acogidos por el ejecutivo, y se cree que con justa razón, pues no es el organismo autorizado para ello. Así por ejemplo, se ha señalado la posibilidad de un consentimiento sustituto sin condicionamiento a un a un documento de voluntad anticipada para aquellos casos donde el paciente se encuentre en imposibilidad física de manifestarlo, al igual que se indicado que no resulta válido excluir a cierta población únicamente en razón de la edad.

25. En Colombia la regulación deja por fuera varios casos que merecen ser abordados: como aquellos de menores que no pueden manifestar su consentimiento válidamente, pero que padecen sufrimientos insoportables incurables; así como aquellas personas que siendo incompetentes no alcanzaron a dejar sentado un documento de voluntad anticipada y; condiciona la muerte digna al padecimiento de una enfermedad grave e incurable que se encuentre en fase terminal, excluyendo la posibilidad frente a las patologías mentales.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario una regulación íntegra de la muerte digna, tanto como aquella que resulta del ejercicio del derecho a morir, como del deber de solidaridad que incumbe a todas las personas y al Estado, pues como se pudo observar, hoy en día en Colombia

hay personas que son obligadas a vivir en condiciones indignas, al punto tal que es posible precisar que son sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

2. Para los menores de edad es conveniente ahondar en el consentimiento sustituto dado por los padres o sus representantes, donde éste sea válido para cuando la muerte sea la única salida a fin poner fin a los sufrimientos insoportables que padece.

3. Respecto a las personas incompetentes que no alcanzaron a dejar un documento de voluntad anticipada es necesario profundizar en dos aspectos: el primero de ellos tiene que ver con el consentimiento presunto, en virtud del cual sea posible aplicar la eutanasia para cuando no existió una manifestación de manera directa, pero si existan elementos que permitan determinar cuál hubiera sido su decisión; el segundo para cuando sin existir dichos elementos, en cumplimiento del deber de solidaridad, se permita a los familiares más cercanos otorgar el consentimiento sustituto, y ya, en casos extremos, al médico tratante.

4. La regulación íntegra de la muerte digna, exige además la posibilidad de contemplar situaciones incurables que no necesariamente encuadran en una patología física, como las personas que padecen sufrimientos insoportables provenientes de una enfermedad mental incurable.

5. La eutanasia debe ser reglamentada mediante Ley Estatutaria, toda vez que se trata de regular el derecho a la vida en su vertiente negativa, por lo cual es un asunto que toca con los derechos fundamentales.

6. En todas estas labores, el Estado debería apoyarse en los aportes de la bioética, en cuanto hoy en día debate bioético enmarca gran parte de los interrogantes que se han planteado en este escrito, los cuales, se aclara, no se agotan en discusiones en torno al derecho a la vida, sino que también comprenden a la vida como valor estatal. Romeo (2011) señala que la Bioética constituye un instrumento eficaz y poderoso para:

“1º) Identificar y aislar los conflictos que puedan surgir.

2º) Identificar los valores que pueden verse implicados en el conflicto y, en su caso, construir nuevos valores, valores emergentes de esos conflictos necesitados de protección.

3º) Y, a partir de ahí, proponer esas soluciones a la sociedad. Pero la sociedad debe formalizar en ocasiones esas propuestas y esto debe ser a veces a través de los procedimientos de la expresión formal de su voluntad: el legislador a las leyes que aprueba, eligiendo una de entre las varias soluciones que no pocas veces ofrece la Bioética en torno a un mismo problema. (p. 28).

De ese modo, se tiene que los resultados de la bioética no sólo interesan a la medicina, sino también al derecho, buscando una armonía entre ambas ciencias, lo cual es de suma importancia en la regulación de la muerte digna⁴⁸, ya sea como práctica eutanásica o como un suicidio asistido.

⁴⁸ Como afirma Moreno (2011) “la relevancia de la bioética para el derecho consiste simplemente en su capacidad de resaltar el hecho de que no podemos tomar decisiones sociales centrales relacionadas con las ciencias biomédicas recurriendo exclusivamente al derecho o a la medicina”. Se trata, por el contrario, de cuestiones de genuino interés para la ética. (p. 44).

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Antolisei, F. (1960). Manual de derecho penal. Parte general. Buenos Aires, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.

Bajo, F., M. (2005). Disponibilidad de la propia vida. Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. España: Civitas.

Balmaceda, Q. J. F. (2011, 1 de enero). Bien jurídico “penal” contenido procedimental y nuevo contenido material. Revista de investigación jurídica. Ius. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Baratta, A. (2004). Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam). Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Barroso, L. R. (2014). La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C., C., A. (2013). Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas: una lectura desde la historia social del derecho penal. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Bernal, P., C. (2009). El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, P., C. (2005). El de los derechos (5ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, P., C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (5ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- CADH. (1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre.
- Cancio, M. (2001). Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Barroso, L. R. (2014). La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Castro, C. y Rodríguez, C. (2011). Guía del aborto no punible. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Dworkin, R. (1994). El dominio de la vida. Barcelona España: Editorial Ariel S. A.
- Faralli, C. (2007). La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, C. J. (1994). Concepto y límites del derecho penal (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A.
- Flemate, P., L. (2015). El derecho a la muerte digna en el ordenamiento jurídico mexicano (Tesis doctoral). Universidad de Castilla – La Mancha, Toledo, España.
- Framb, C. (2015). Del otro lado del jardín. Bogotá, Colombia. Ediciones Aguilar.
- Gálvez, S. J. (2011). Historia de la filosofía griega (para los aficionados): los presocráticos. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>
- García, B., E. (2014). El consentimiento en el derecho penal. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH.

- Gómez, C., A. y Urbano, J, J. (2003). Delitos contra la vida y la integridad personal. Lecciones de derecho penal. Parte especial. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C., A. (2016). El principio de la antijuridicidad material. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C., A. (2016). Aspectos liberales y sociales del derecho penal. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez, J., O. (2006). El homicidio (3ª ed.). Tomo 2º. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Gómez, M., A. (1998). Delitos contra la vida y la integridad personal (6ª ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- González, I. (2011). Lección 25. La Punibilidad. Lecciones de derecho penal. Parte General. Parte especial (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1998). Sobre la teoría de la pena. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2008). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?.. Mendoza, Argentina. Ediciones Jurídicas CUYO.
- Kaufmann, A. (2007). La Filosofía del Derecho en la Postmodernidad. Bogotá, Colombia Editorial Temis S.A.
- Kottow (2007). Ética de protección. Una propuesta de protección bioética. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Küng, H. y Jens, W. (2010). Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad (3ª ed.). Madrid, España: Editorial Trotta S. A.

- Lesch, H., H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Lesch, H., H. (2000). La función de la pena. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Locke, J. (2004). Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. España: Alianza Editorial.
- Locke, J. (1985). Ensayo sobre el gobierno civil. Barcelona, España: Ediciones Orbis.
- López (2004). Teoría impura del derecho. Bogotá, Colombia: Legis.
- Malo, M., M. (1994). El estudio sobre el derecho a la objeción de conciencia. Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.
- Marín, P., P. (1959). Manual de introducción a la ciencia del derecho. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Molina, A., C., M. (1995). Delitos contra la vida y la integridad personal. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Monroy, W. (2011). Lección 20. La Punibilidad. Lecciones de derecho penal. Parte General. Parte especial (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Montealegre, L. y Perdomo, J., F. (2006). Funcionalismo y normativismo penal. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno (2011). Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de Bioética. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
- Muñoz, C. F. (2016). Teoría general del delito (3ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.

- Pérez, L., C. (1962). Manual de derecho penal. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Pérez, L., C. (1981). Derecho penal. Partes general y especial. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Pérez, L., C. (1986). Derecho penal. Partes general y especial. Tomo V. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Quinche, R., M., F. (2017). Control de Convencionalidad. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Reyes, A. (1972). Derecho penal parte general (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Reyes, A. (1990). Derecho penal. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
- Rivera. S., J. (2012). La vida humana: in vitro. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Romeo, C., C., M. (2011). El médico y el derecho penal. Los problemas actuales de la biomedicina. 2º Tomo. 1. (s.n), 28. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editoriales.
- Rousseau, J., J. (1923). El origen de la desigualdad entre los hombres. Madrid, España: Ediciones CALPE.
- Rousseau, J., J. (2007). El contrato social. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe S. A.
- Roxin, C. (2008). Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. Eutanasia y suicidio. En. Roxin, C (Ed.), Cuestiones dogmáticas y de política criminal. (P. 45.). Lima, Perú: ARA editores.

Roxin, C. (2016). La teoría del delito en la discusión actual (Vol. 2). Lima, Perú: Editorial Grijley.

Velázquez, F. (2017). Fundamentos de derecho penal. Parte General. Bogotá, Colombia: E.J.A.M. S.A.

Velázquez, F. (2013). Delitos contra la vida y la integridad personal. Bogotá, Colombia: E.J.A.M. S.A.

Vélez, L., A. (2003). Ética médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte (3ª ed.). Medellín, Colombia. Corporación para investigaciones biológicas.

Villanueva, M., J., A (1999). Derecho penal y derechos humanos. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Leyer Ltda.

Viveros, Y., Orozco, D., Fernández, D., Correal, M., Rico, G. y Trujillo, A. (2018). Derecho penal general casuístico. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y ley Ltda.

Viveros, Y., Vargas, S., y Ovalle, D. (2017). Derecho penal especial casuístico. 1º Tomo. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y ley Ltda.

Welzel, H. (1970). Derecho penal Alemán. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, R. E. (2013). La cuestión criminal. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Zaffaroni, R. E., Alagia, A. y Slokar, A. (2011). Manual de derecho penal. Parte general. Buenos Aires, Argentina: Ediar. S. A.

DOCUMENTOS ELECTRONICOS

Abanto, B. M. A. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista penal. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf.

Aristóteles (2004a). Política. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Aristóteles (2004b). Ética a Nicómaco. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Aristóteles (2009). Acerca del alma. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Carrasco, J., E. (2015, marzo). La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal. Estudios Penales y Criminológicos. Recuperado de: [file:///C:/Users/admin/Downloads/2427-11224-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/2427-11224-1-PB%20(1).pdf)

Copleston, F. C. (1960). El pensamiento de santo Tomás. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

De, Z. J. C. (2013). Propiedad privada, ¿derecho natural?: desde los estoicos a Santo Tomás de Aquino. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Hobbes, T. (2017). Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Juanatey, Y. D. C. (1994). Derecho, suicidio y eutanasia. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Juanatey, C. (2002, enero). La disponibilidad del derecho a la vida en la legislación y en la jurisprudencia de los Estados Unidos. Jueces para la democracia. Información y debate. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/285313.pdf>

Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y Ensayos. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Leyva, M., A. y Lugo, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del derecho penal. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&docid=jurcol&bookmark=bf15ec2c9c94a0701dee0530a01015101denf9&q=bien%20jur%C3%ADdico&view=GRP-PC&fnpipelines=DOC_HIGHLIGHTER#bf1ae65c702c3a04baaa310d7c0e7acf3e2nf9

Monila, R., N. (2011, diciembre). ¿Qué es la bioética y para qué sirve? Un intento de pedagogía callejera. Universidad El Bosque • Revista Colombiana de Bioética. Recuperado de: <http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Revista14/articulonelsonmolina.pdf>

Platón (2004). La república. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com>

Tak, P. (2000, 30 de noviembre). La nueva ley sobre eutanasia en Holanda, y sus precedentes. Universidad de Nijmegen • Revista penal. Recuperado de: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/3petertak.pdf>

Valiente, C., T. (2005, septiembre). Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 71/2005. Recuperado de: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-It8Kjz.pdf

E. Zappalá, F. (2007, 17 de julio). Estatuto jurídico del concebido. Criterio jurídico. Recuperado: <https://core.ac.uk/download/pdf/52201873.pdf>

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

- Sala Segunda de Revisión. (28 de octubre de 1993) Sentencia T-493[M.P. Antonio Barrera Carbonel].

- (20 de mayo de 1997) Sentencia C - 239 [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
- (26 de enero de 2000) Sentencia C - 037 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Sala Séptima de Revisión. (17 de octubre de 2002) Sentencia T-881 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett].
- Sala Quinta de Revisión. (27 de noviembre de 2002) Sentencia T-1025 [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Sala Plena. (10 de mayo de 2006) Sentencia C-355 [M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández].
- Sala Plena. (9 de abril de 2014) Sentencia C-233 [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- Sala Novena de Revisión. (15 de diciembre de 2014) Sentencia T-970 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Sala Sexta de Revisión. (4 de julio de 2017) Sentencia T-423 [M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo].
- Sala Quinta de Revisión. (25 de agosto de 2017) Sentencia T-544 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Suprema de Justicia,

- Sala de Casación Penal. (6 de octubre de 2004) radicado 16066. [M.P. Edgar Lombana Trujillo].
- Sala de Casación Penal. (5 de febrero de 2007) radicado 22164. [M.P. Alfredo Gómez Quintero].
- Sala de Casación Penal. (23 de septiembre de 2009) radicado 23508. [M.P. Julio Enrique Socha Salamanca].
- Sala de Casación Penal. (3 de julio de 2013) radicado 41054. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero].
- Sala de Casación Penal. (5 de marzo de 2014) radicado 43033. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero].
- Sala de Casación Penal. (29 de enero de 2014) radicado 42624. [M.P. María Del Rosario González Muñoz].
- Sala de Casación Penal. (15 de julio de 2015) radicado 45795. [M.P. Eyder Patiño Cabrera].
- Sala de Casación Penal. (2 de noviembre de 2016) radicado 40089. [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya].
- Sala de Casación Penal. (27 de septiembre de 2017) radicado 47862. [M.P. José Luis Barceló Camacho].
- Sala de Casación Penal. (24 de enero de 2018) radicado 46283. [M.P. Eugenio Fernández Carlier].
- Sala de Casación Penal. (21 de febrero 2018) radicado 48609. [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero].

NORMATIVA

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional número 114, 4 de julio de 1991.

Decreto – Ley 100 de 1980. Diario Oficial 35.914, 30 de diciembre de 1981.

Decreto – Reglamentario 3380 de 1981. Diario Oficial 35.461, 20 de febrero de 1981.

Ley 38 de 1936. Diario Oficial 23316, 24 de octubre de 1936.

Ley 599 de 2000. Diario Oficial 44097, 24 de julio de 2000.

Ley 1733 de 2014. Diario Oficial 49268, 8 de septiembre de 2014.

Proyecto de Ley No. 93. Gaceta 196/98 Senado de la República, 21 de septiembre de 1981.

Proyecto de Ley No. 155. Gaceta 677/04 Senado de la República, 3 de noviembre de 2004.

Proyecto de Ley No. 29. Gaceta 246/06 Senado de la República, 25 de julio de 2006.

Proyecto de Ley No. 100. Gaceta No. 317/06 Senado de la República, 26 de julio de 2006.

Proyecto de Ley No. 100. Gaceta No. 218/06 Senado de la República, 25 de agosto de 2006.

Proyecto de Ley No. 05. Gaceta No. 343/07 Senado de la República, 26 de julio de 2007.

Proyecto de Ley No. 70. Gaceta No. 504/12 Senado de la República, 10 de agosto de 2012.

Proyecto de Ley No. 117. Gaceta No. 679/14 Senado de la República, 4 de noviembre de 2014.

Resolución 1216. Diario Oficial 49489 Ministerio de Salud y de la Protección Social, 21 de abril de 2015.

Resolución 825. Diario Oficial 50530 Ministerio de Salud y de la Protección Social, 9 de marzo de 2018.