

Eutanasia activa directa y consentimiento del sujeto pasivo como eximente de responsabilidad penal en eventos de enfermedades incurables no terminales. Una aproximación interdisciplinaria desde el test de proporcionalidad en sentido estricto*

Direct-Active Euthanasia and Victim's Consent as a Cause of Exempt Criminal Responsibility in Events of Non-Terminal but Incurable Diseases. An Interdisciplinary Approach from the Test of Proportionality in Strict Sense

Eutanásia ativa direta e consentimento do sujeito passivo como excludente de responsabilidade penal em eventos de doenças incuráveis não terminais. Uma aproximação interdisciplinaria desde o teste de proporcionalidade no sentido estrito

JUAN CARLOS CANTILLO ARCÓN**

ALFREDO ANDRÉS BULA BELEÑO***

FECHA DE RECEPCIÓN: 10 DE AGOSTO DE 2015. FECHA DE ACEPTACIÓN: 31 DE MARZO DE 2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5267>

Para citar este artículo: Cantillo, J. C., & Bula, A. A. (2017). Eutanasia activa directa y consentimiento del sujeto pasivo como eximente de responsabilidad penal en eventos de enfermedades incurables no terminales. Una aproximación interdisciplinaria desde el test de proporcionalidad en sentido estricto. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(1), 13-41. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5267>

* Este artículo es producto del trabajo de monografía de grado del mismo nombre, realizado por el estudiante Alfredo Andrés Bula Beleño bajo la dirección del profesor Juan Carlos Cantillo Arcón, en la Universidad del Norte.

** Abogado especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte, magíster en la misma alma máter. Profesor Catedrático de Pregrado y Postgrado de la Universidad del Norte. Litigante en Derecho Penal. Correo electrónico: juancarloscantilloa@hotmail.com; arconc@uninorte.edu.co

*** Abogado de la Universidad del Norte. Investigador de Caribe Afirmativo en derecho penal, violencia de género y conflicto armado. Correo electrónico: alfredo.bula@hotmail.com; aabula@uninorte.edu.co

RESUMEN

El presente artículo es producto de una investigación sobre las implicaciones legales que tiene la eutanasia activa directa realizada por el médico a un paciente con una enfermedad incurable no terminal que implica graves sufrimientos en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, teniendo en cuenta el consentimiento del sujeto pasivo como causal de ausencia de responsabilidad penal. En consecuencia, se trabaja desde un enfoque interdisciplinar del derecho penal como ciencia integrada a los demás saberes jurídicos y no jurídicos, con el fin de desarrollar un análisis integral que aporte a las discusiones académicas sobre la ausencia de responsabilidad penal, el estudio constitucional desde el test de proporcionalidad en sentido estricto y la práctica médica. En este producto de investigación se reflexionará sobre la disponibilidad del bien jurídico de la vida en la práctica de la eutanasia prevista cuando es realizada por un médico, encuadrando la conducta en la causal de ausencia de responsabilidad penal de consentimiento del sujeto pasivo, debido a que la vida es un bien jurídico disponible en el caso en concreto de conflicto con la dignidad humana, al prevalecer este último con la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que la práctica de la eutanasia activa directa realizada por un médico puede ser conforme a derecho.

Palabras clave: eutanasia activa directa, consentimiento del sujeto pasivo, bienes jurídicos, proporcionalidad, ausencia de responsabilidad penal.

ABSTRACT

This article is a research product about the legal implications of the direct-active euthanasia practiced by a doctor to a patient who has an incurable but non terminal disease which implies great suffering considering such by the current Colombian legal system, taking into account the victim's consent as a cause of exempt criminal responsibility. Consequently, working from an interdisciplinary approach of criminal law as a science integrated to other legal and non-legal areas of knowledge, in order to develop a comprehensive analysis that contributes to academic discussions about the absence of criminal responsibility, constitutional study and medical activity practice. This product of research will show reflections and conclusions obtained from the analysis of the existent legal regulation about the availability of the protected legal right of life when practicing euthanasia (as described above). Additionally, we will see how the latter conduct constitutes a case of exempt criminal responsibility under the specified condition of "victim's consent", meaning that life is a disposable legal right when it competes, in the described factual circumstance, with the human dignity, applying the test of proportionality in strict sense.

Keywords: direct active euthanasia, victim's consent, disposable legal right, test of proportionality in strict sense, cause of criminal responsibility absence.

RESUMO

O presente artigo é produto de uma pesquisa sobre as implicações legais que tem a eutanásia ativa direta realizada pelo médico a um paciente com doenças incuráveis não terminais que implicam graves sofrimentos no ordenamento jurídico colombiano vigente, tendo em conta o consentimento do sujeito passivo como causal de ausência de responsabilidade penal. Em consequência, trabalha-se desde um enfoque interdisciplinar do direito penal como ciência integrada aos demais saberes jurídicos e não jurídicos, com o fim de desenvolver uma análise integral que aporte às discussões acadêmicas sobre a ausência de responsabilidade penal, o estudo constitucional desde o teste de proporcionalidade no sentido estricto e a prática médica. Neste produto de pesquisa se refletirá sobre a disponibilidade do bem jurídico da vida na prática da eutanásia prevista quando é realizada por

um médico, enquadrando a conduta na causal de ausência de responsabilidade penal de consentimento do sujeito passivo, devido a que a vida é um bem jurídico disponível no caso em concreto de conflito com a dignidade humana, ao prevalecer este último com a aplicação do teste de proporcionalidade no sentido estrito, pelo que a prática da eutanásia ativa direta realizada por um médico pode ser conforme ao direito.

Palavras-chave: Eutanásia ativa direta, consentimento do sujeito passivo, bens jurídicos, proporcionalidade, ausência de responsabilidade penal.

Introducción

En este trabajo se plantea como objetivo general establecer la validez jurídica, en el ordenamiento jurídico colombiano, del consentimiento del sujeto pasivo como causal de ausencia de responsabilidad penal en la práctica de la eutanasia activa directa¹ realizada por el médico cuando el paciente la solicita a causa de sufrir enfermedades incurables no terminales; se plantea como hipótesis la posibilidad de eximir de responsabilidad al profesional de la medicina por dicha conducta en virtud del consentimiento manifestado por el paciente, quien puede disponer del bien jurídico de la vida en el caso en cuestión.

Es preciso aclarar que la eutanasia activa es permitida en las etapas terminales de enfermedades incurables, teniendo en cuenta la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional. Sin embargo, no todas las enfermedades incurables causan la muerte a corto o mediano plazo; es más común que generen el deterioro de la calidad de vida de quienes las padecen, afectando el derecho fundamental a la dignidad, por eso es necesario realizar un análisis de la eutanasia en personas aunque no vayan a morir por causa de la enfermedad o que por el estadio de la misma aún no sea terminal o no se pueda saber si va a causar la muerte del paciente.

En Colombia, la Corte Constitucional empezó a desarrollar la jurisprudencia al respecto desde la Carta Magna de 1991. En sentencia T-548 de 1992, del Magistrado Ponente Ciro Angarita, se establece que las personas sometidas a un tratamiento médico tienen el derecho a ser tratadas dignamente y a decidir junto con el galeno, el tratamiento más

¹ Concepto operativo que se encuentra disponible en el aparte “El concepto de eutanasia”.

conveniente. En sentencia T-493 de 1993, del Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, la Corte precisó que el paciente es quien debe escoger su propio tratamiento, y no se le puede imponer la recepción de determinado procedimiento o medicamento porque se vulneraría su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La mencionada jurisprudencia abrió paso para que en 1997 la Corte Constitucional, mediante sentencia C-239, controvirtiera directamente el tema de la eutanasia, al decidir que se permitiese su práctica por parte de los médicos cuando los pacientes así lo consintiesen, en caso de enfermedades terminales que causaran grandes sufrimientos; sentencia desarrollada bajo el paradigma del pluralismo reconocido por la Constitución de 1991² y que la Corte Constitucional ha tendido a favorecer en distintas sentencias (Uprimny, 2004, p. 300), como cuando ha decidido a favor de la igualdad entre religiones, mediante la anulación del concordato y de los privilegios de la religión católica, y el reconocimiento de ámbitos amplios al ejercicio de la administración de justicia por parte de las autoridades indígenas³. Así las cosas, la Corte ha señalado en la jurisprudencia que el pluralismo “tampoco puede entenderse con una visión limitativa, (...) sino con una visión dinámica que acepta la realidad de una diversidad de intereses en la sociedad y que organiza la posibilidad de su coexistencia”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-568 de 1993)⁴.

² Rodolfo Arango (2004) afirma que “a partir de la Constitución de 1991 se abandona definitivamente el proyecto regeneracionista de construir una nación homogénea —católica e hispánica— y se apuesta por una sociedad pluralista mediante el reconocimiento de la diversidad cultural del país” (p. 143). Para Miguel Carbonell (2009), “la temática de las minorías políticas y de las minorías culturales ha tomado una gran relevancia en los últimos años en la medida en que se han ido acentuando el pluralismo y la complejidad de las sociedades modernas. Hoy en día es imposible aspirar a gobernar un Estado sin tomar en cuenta los grupos minoritarios” (p. 38). Sin embargo, esto último debe limitarse principalmente a los Estados Constitucionales de Derecho, pues en muchos otros se observa que un grupo dominante puede gobernar el Estado, no solo menospreciando a los grupos minoritarios, sino que también aprovechando tal poder para exterminarlos.

³ En otras sentencias la Corte ha decidido teniendo en cuenta el pluralismo, tales como: Sentencia T-444 de 1992, Sentencia T-285 de 1994, Sentencia T-104 de 1996, Sentencia C-313 de 2003, Sentencia T-921 de 2013.

⁴ Al pluralismo se le reconocen tres dimensiones: “ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir

Por lo tanto, teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho con una visión pluralista, su actuación debe estar inspirada en la solidaridad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, sin determinar verticalmente un único interés general, dado que el colectivo no puede ser reducido a un solo logro que excluya a los otros. La Carta Magna diversificó el interés general, liberando a este del presunto carácter unívoco y formal establecido con el modelo constitucional precedente. En consecuencia, el individuo no puede ser utilizado como medio para el bienestar social ni puede ser impedido a llevar su vida como desea únicamente por las convicciones éticas de otro individuo o grupo (Motta, 1995, pp. 220-229).

La decisión jurisprudencial expuesta genera la creación de un nuevo derecho por vía de interpretación auténtica —realizada a través del acto de conocimiento y el acto de voluntad— del tribunal de última instancia (Kelsen, 1982, pp. 354-355), quien en su labor constitucional determina cómo debe entenderse una expresión, basándose en la consonancia ley—Constitución, es decir, establece la única forma de interpretar una norma sin contrariar el derecho vigente (Sandoval, 2012, p. 301), pues se fija que cuando un médico termina con la vida de un paciente a solicitud de este por estar padeciendo una enfermedad grave e incurable que causa intensos sufrimientos y se halla en etapa terminal; está actuando legítimamente, debido a que su conducta se encuentra cobijada por la causal de ausencia de responsabilidad penal de consentimiento del sujeto pasivo.

En consecuencia, el artículo consta de cuatro partes para desarrollar el objetivo planteado: en la primera se ubicará el concepto actual de eutanasia; en la segunda se desarrollará el concepto de bien jurídico y su disponibilidad desde la perspectiva penal, y la incidencia constitucional en la protección de dicho bien jurídico disponible penalmente relevante, así como la importancia de este, a la hora de aplicar la causal de ausencia de responsabilidad penal del consentimiento del sujeto pasivo; en la tercera, se estudiará el principio de proporcionalidad en sentido estricto y su aplicación en el examen de la eutanasia activa directa en personas con enfermedades graves e incurables no terminales que la solicitan para

los posibles conflictos que se presenten en virtud de la[s] diferencias vigentes en un momento determinado” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 2009).

no pervivir en situaciones indignas ocasionadas por sus padecimientos; y, en la cuarta, se analizará el papel del médico como sujeto activo de la eutanasia y su ausencia de responsabilidad penal en virtud del consentimiento sujeto pasivo (paciente) al ser disponible su vida en el caso objeto de estudio. Finalmente, se presentan algunas conclusiones de la investigación.

Metodología

En términos metodológicos, la investigación científica que presentamos parte de un enfoque interdisciplinar del derecho penal como ciencia integrada a los demás saberes jurídicos y no jurídicos. Por ende, el estudio recurre a fuentes primarias y secundarias del derecho penal, como del derecho constitucional, la filosofía del derecho y los saberes propios de la medicina, entre otros, con el fin de desarrollar un análisis holístico que aporte a las discusiones académicas sobre la ausencia de responsabilidad penal, el estudio constitucional desde el principio de proporcionalidad en sentido estricto y la práctica médica.

Se expone además una descripción del análisis doctrinal y jurisprudencial que consta de cuatro aproximaciones teóricas sobre los temas de acopio. En una primera instancia se realiza una delimitación conceptual sobre el concepto de eutanasia con el fin de definir el marco teórico del cual nos ocuparíamos, señalando que se trabajará con la eutanasia activa directa. Dicha demarcación requirió del estudio de las construcciones jurídicas que regulan la materia y sus consecuencias.

Posteriormente, se plantea el debate sobre la disponibilidad del bien jurídico de la vida por parte del sujeto pasivo, que se suscita al interior de la práctica eutanásica, trasladándolo hacia el plano jurídico-penal, para lo cual se expone la doctrina y la jurisprudencia revisadas al respecto con relación a los requisitos para eximir de responsabilidad por dicho consentimiento, y la disponibilidad o no de la vida como bien jurídico en la jurisprudencia colombiana para efectos de realizar una eutanasia activa en casos distintos a los de enfermedad grave e incurable en etapa terminal, mediante lo cual se definió el marco jurídico del objeto de estudio.

A continuación, se propone una reformulación de las bases teóricas con las cuales se decidió la viabilidad de la eutanasia en Colombia para ampliar la disponibilidad a los casos de enfermedades incurables no terminales, para la cual se postuló el principio de proporcionalidad en sentido estricto como herramienta técnico-jurídica. En tal sentido, se revisó la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto a la implementación de tal instrumento argumentativo, no utilizado para el momento de la decisión marco (Sentencia C-239 de 1997) y que se presenta como adecuado y pertinente en la actualidad de la práctica judicial. Lo anterior, requirió el estudio de la bibliografía de referencia sobre la teoría de la proporcionalidad en sentido estricto con fines de realizar un nuevo análisis de acuerdo con la misma.

El resultado encontrado posibilitó replantear el alcance de la disponibilidad sobre el bien jurídico de la vida, en el caso de eutanasia que se analiza, y por ende, modificar el margen de consentimiento al interior de la conducta suscrita entre sujeto activo (médico) y sujeto pasivo (paciente), considerándose como válida dicha aquiescencia sobre la terminación de la vida no solo en el caso previsto en la decisión de 1997 sino en los casos de enfermedades no terminales.

El concepto de eutanasia

El derecho fundamental a vivir de manera digna da lugar al derecho a morir dignamente, pues condenar a un ser humano a la extensión de su existencia cuando no es su voluntad, por razones que trascienden el fuero interno de la persona, corresponde no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido en nuestra Constitución Política, sino a un detrimento de la dignidad, autonomía y libertad de cada ser humano como sujeto moral y de derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239 de 1997).

La eutanasia puede clasificarse desde distintos enfoques, entre ellos el bioético, que plantea por lo menos dos posiciones al respecto. La primera, donde considera que no se puede diferenciar entre la eutanasia activa y la pasiva, pues matar y dejar morir no tienen distinción entre sí cuando alguien tiene la responsabilidad de darle bienestar al otro y la capacidad

de hacerlo, por lo que es moralmente irrelevante hacer tal diferenciación (Boyle, 1977 y Kushe, 1984, citados por Gracia, 1998). Una segunda posición, en la cual la diferencia entre eutanasia activa y pasiva sí tiene sustento, entendiendo que la activa tiene que ver con el principio de no-maleficencia, que nos dice qué no debemos hacer, mientras que la pasiva tiene que ver con el de beneficencia, que dice qué se debe hacer, pero no cuánto se debe hacer (Gracia, 1998).

Tal aproximación al concepto de eutanasia y su clasificación no permite abordar la temática propuesta de acuerdo al marco jurídico penal colombiano, donde la acción, omisión y posición de garante confluyen para dar distintas valoraciones normativas y consecuencias jurídicas. Por lo anterior, se suscita una exposición teórica según la cual la eutanasia se divide en dos tipos: la pasiva y la activa. María Silva (2004) define la eutanasia pasiva como aquella que “consiste en omitir medidas que no tienen sentido terapéutico, y que únicamente habrían logrado una simple prolongación de la vida” (p. 1243)⁵.

Por otro lado, la eutanasia activa puede ser entendida según se divide en

La activa indirecta, consiste en la actuación dirigida a intentar neutralizar los padecimientos vinculados a un proceso de muerte, dolor, disnea, ansiedad, aún a costa de acortar la vida del sufriente en la que se incluyen los denominados cuidados paliativos del dolor [...] La activa directa, es la que únicamente tendría que ser considerada como la verdadera “eutanasia” [...] pues consiste en la eliminación deliberada de la persona humana a petición (Silva, 2004, p. 1245).

La eutanasia activa directa aquí expuesta, será la que concentre el interés de este trabajo porque en ella la persona solicita a un tercero que termine certeramente con su vida, a diferencia de la eutanasia pasiva, en donde solo se solicita que cese una intervención médica y por lo tanto acaba también la posición de garante del médico con respecto al paciente, y la activa indirecta, donde el paciente solicita tratamientos paliativos que pueden acortar o poner en riesgo su vida, pues sin posibilidad de cura se encuentra en etapa terminal, también allí termina la posición

⁵ Nota de los autores: Las medidas con sentido terapéutico son aquellas que tienen la finalidad de curar al paciente.

de garante del médico y el paciente voluntariamente asume el riesgo. Por lo anterior, cuando se hable de eutanasia en términos genéricos, salvo que se establezca lo contrario, se hace referencia a la eutanasia activa directa.

Los bienes jurídicos penalmente relevantes y el consentimiento del sujeto pasivo

El bien jurídico penal, y su lesión o puesta en peligro, es el fundamento para el funcionamiento del poder punitivo, pues limita el poder del Estado de definir las conductas criminales a la exclusiva protección de dichos bienes (Bustos & Hormazábal, 1997, p. 57). Así las cosas, los bienes jurídicos son “una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente” (Bustos, 2012, p. 115), y tienen como presupuesto, es decir, origen y legitimación, conformar “una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos, sus formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interacciones y su transcurso dentro del desarrollo histórico del contexto social” (Bustos, 1981, p. 22).

Al ser dinámicos se encuentran en permanente discusión y revisión (Bustos & Hormazábal, 1997, p. 59), en consecuencia,

el bien jurídico surge como principio garantizador de carácter cognoscitivo; todo individuo y la sociedad toda, debe saber qué se está protegiendo con el sistema jurídico y con cada precepto, en especial punitivo, y además tener el camino expedito para conocer las bases sobre las que se sienta esa protección y poder hacer una revisión de ellas (Bustos, 2012, p. 115)⁶.

Estos son protegidos por la norma penal y se constituyen en una creación exclusiva del legislador —en términos de competencia estatal— de acuerdo con el principio de reserva la cual no debe ser arbitraria y debe seguirse por una serie de limitaciones, entre ellas el “deber de respeto

⁶ Nuestra visión parte de utilizar la noción de bien jurídico como concepto de entidad limitadora al interior del principio de lesividad que ponga coto a la desbordada irracionalidad del derecho penal (Musco, 2014).

por los principios de proporcionalidad y razonabilidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-241 de 2012), sobre lo que la Corte Constitucional ha señalado que

La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional [...] el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-121 de 2012).

Vale la pena aclarar que si bien es cierto que “los bienes jurídicos son una creación exclusiva del legislador” (Binding, 1916, citado por Hormazábal 1984, p. 336), tal concepción se debe entender desde un punto de vista formal por quien está facultado para normativizarlos en el contexto colombiano, pues tal función de la rama legislativa es realmente un reconocimiento de los bienes que ocurre como producto de valoraciones sociales, teniendo en cuenta lo mencionado acerca de la posición de Bustos Ramírez y la aplicación necesaria de principios tales como los de última ratio, lesividad e intervención mínima (Díez, 1999, p. 131), indispensables para una sociedad democrática (Bustos, 2012, p. 116). El profesor Santiago Mir Puig (1991) precisa que los bienes jurídicos solo pueden tener relevancia penal cuando tengan suficiente importancia social y sea necesaria su protección por el derecho penal, es decir, el derecho penal solo puede acudir como última ratio y fragmentariamente, por lo que dicha creación está también limitada a ciertos criterios (pp. 205-215)⁷.

Adicionalmente, mal podría interpretarse que la labor de reconocimiento del legislador esté encasillada o limitada por los bienes jurídicos

⁷ En cuanto al derecho penal que protege bienes jurídicos como última ratio y fragmentariamente, se ha pronunciado en otras sentencias tales como: Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-420. 2002; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: Herman Galán Castellanos. Rad. 18 609. 2005; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Quintero Milanés. Rad. 24 612. 2006; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: Álvaro Pérez Pinzón. Rad. 25 745. 2006; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: José Bustos Martínez. Rad. 29 183. 2008; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Rad. 31 531. 2009.

per se, es decir, sin margen alguno de discrecionalidad, sino que debe entenderse dentro de lo enmarcado por Ferrajoli (2009), al decir que tienen una “función de límite o garantía [que] consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito” (p. 471). Asimismo, la selección de los bienes jurídicos está sujeta “en un Estado social y democrático de derecho por el respeto por la libertad y dignidad de las personas y sus necesidades” (Bustos & Hormazábal, 1997, p. 59), por lo cual no puede haber ningún interés por encima del individuo ni este debe ser sacrificado por el funcionamiento social o estatal.

Los bienes jurídicos penalmente relevantes son importantes en cuanto a la causal de ausencia de responsabilidad penal de consentimiento del sujeto pasivo debido a que aquellos que fueren disponibles permiten que el sujeto pasivo de un tipo penal consienta su lesión o puesta en peligro. Los requisitos para que se configure el consentimiento del sujeto pasivo como causal de atipicidad, de acuerdo a una síntesis confluyente hecha a partir de Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002), Domínguez (2011) y Jiménez (1955), son:

1. Que quien consienta sea titular exclusivo del bien jurídico (Domínguez, 2011, p. 117).
2. La capacidad de comprensión de quien consiente no debe estar viciada por engaño, violencia, coacción o error, tales vicios deben estar referidos al bien jurídico en cuestión. En algunos casos, no se requiere siquiera la mayoría de edad pues podrá actuar quien esté a cargo del menor en cuanto a los bienes jurídicos en que se halle en posición de garante (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 479-505).
3. El consentimiento es una declaración de voluntad otorgada antes de que se realice la acción, e incólume cuando se ejecute; se tiene que precisar que con respecto a los delitos querellables, cuando se renuncia al derecho a la querrela, no se establece un consentimiento que desaparezca la existencia del delito, sino que se hace uso de una figura procesal que en nada afecta lo comentado (Jiménez, 1955, p. 95). Marcelo Domínguez (2011) considera que el consentimiento puede ser concomitante (p. 120), al igual que Zaffaroni, Alagia

y Slokar (2002), siempre que la afectación no fuese significativa (p. 501-502).

4. Debe ser un bien jurídico de cuyo titular posea libre disposición. Para Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002), esto tiene como fin que el consentimiento impida un pragma conflictivo, porque solo serán relevantes para el derecho penal aquellas conductas que devenguen en la lesión de un bien jurídico disponible por su titular (pp. 479-505).

Al cumplirse los requisitos anteriores, el titular del bien jurídico dispone de él y dicha conducta no se encuentra contenida en la prohibición penal, por lo cual la relación social-jurídica de los sujetos que se interrelacionan en el caso del consentimiento del sujeto pasivo no se encuentra contenida dentro del conflicto que contiene la descripción del tipo, y por ello tal conducta es atípica (Sandoval, 2007, p. 38). Se aparta este trabajo de la posición de la Corte Constitucional en considerarla una causal de justificación pues, no es que se tolere una conducta establecida típicamente, sino que esta se encuentra fuera del tipo, en virtud de que el consentimiento del sujeto pasivo impide el pragma conflictivo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia también la ha considerado causal de atipicidad, al señalar que “el actuar sobre la base de la aquiescencia manifestada por la víctima excluye la realización típica de la conducta punible” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 23508, 2009).

Finalmente, al precisar que el consentimiento del sujeto pasivo es causal de atipicidad de la conducta, la cual funciona bajo el reconocimiento de unos bienes jurídicos socialmente construidos, en algunos casos delimitados, inclusive para la disposición de su titular; se acude ahora al test de proporcionalidad en sentido estricto —método utilizado por la Corte Constitucional en los últimos años para resolver dichos conflictos normativos de colisiones de principios, y la inferencia de la ponderación a la hora de determinar el límite en la disposición de un bien jurídico en ciertas circunstancias fácticas—, siendo que en el caso de estudio se enfrenta el principio de la vida y el de la dignidad humana. Se parte entonces de considerar que la ponderación, que aún no se había afianzado fuertemente en la Corte Constitucional en la década de 1990, permite resolver este caso mejor que el paradigma del pluralismo

—acompañado de la solidaridad y dignidad humana— previsto en la sentencia C-239 de 1997.

Test de proporcionalidad en sentido estricto

En términos de Alexy (2002; 2008), los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario; a diferencia de las reglas, cuando entran en colisión es necesario que uno ceda ante el otro sin que esto afecte la validez de ninguno⁸, sino su precedencia bajo ciertas circunstancias. Los principios y valores, se diferencian en

el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de que ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, que es lo mejor. Una pauta que dice que es lo debido, es decir, que es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice que es bueno o malo o mejor o peor, tiene un *status* axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico (Alexy, 1997, p. 164).

Para establecer esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con principios en oposición, para obtener una colisión en la que sean relevantes dos o más disposiciones jurídicas ante un caso concreto. El resultado de la colisión es una relación de precedencia condicionada entre los principios opuestos, que se fundamenta en 3 elementos de la proporcionalidad en sentido estricto: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación (Bernal, 2005, pp. 98-99).

⁸ En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, las reglas pueden dejar de ser aplicadas sin perder su validez en casos en concreto, teniendo en cuenta la figura de la excepción por inconstitucionalidad fundamentada en el artículo 4 de la Constitución. En dichos casos, una regla válida resulta contraria a la Constitución únicamente en un caso concreto, en las demás circunstancias fácticas está en consonancia con los postulados constitucionales, por lo que solo se deja de aplicar en el caso en que es inconstitucional para garantizar la supremacía de la Constitución.

Resulta importante definir los elementos esenciales de la ley de la ponderación, que cuenta con tres pasos:

En primer lugar se define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer aspecto, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2008, p. 529).

Adicionalmente se debe realizar la fórmula del peso concreto que es:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjC \cdot SPjC} \text{ (Alexy, 2008, p. 554).}$$

Para Alexy (2008) la fórmula se explica así: GPi,jC es el peso concreto de la intervención de Pi en Pj ; Pi es el principio cuya vulneración se examina (p. 535); Pj es el principio que está colisionando con el principio sobre el cual se está examinando su vulneración; $IPiC$ es “la intensidad (I) de la intervención en Pi en el caso (C)” (p. 536)⁹; $WPjC$ es la importancia concreta de satisfacción (W) de Pj en el caso (C) (p. 536); $GPiA$ y $GPjA$ corresponden al peso abstracto de Pi y Pj , respectivamente (p. 539); $SPiC$ que significa “la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida para la no realización de Pi y para la realización de Pj en el caso concreto” (p. 554), y viceversa para el caso de $SPjC$.

De conformidad con lo expuesto, Bernal (2008) resume claramente la aplicación de dicha fórmula, pues de acuerdo a su lectura de Alexy, el profesor de Kiel señala que

de forma metafórica un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios [también a la intensidad de la intervención], mediante la escala tríadica, del siguiente modo: leve 2^0 , es decir, 1; medio 2^1 , es decir, 2; y grave 2^2 , es decir, 4. En contraste, a

⁹ De acuerdo con Robert Alexy (2008), intensidad de la intervención equivale a grado de no satisfacción o la afectación, por lo que estamos hablando del primer paso de la regla de ponderación (p. 535).

la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2^0 , es decir, 1; plausible 2^{-1} , es decir, $1/2$; y falso 2^{-2} , es decir, $1/4$ (Bernal, 2008, p. 120).

Así las cosas, después de realizarse la fórmula de $GP_{i,j}C$ se deberá aplicar la fórmula $GP_{j,i}C$, conforme a la cual se puede obtener como resultado que

el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j es mayor que el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i , el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio P_i . Si, por el contrario, el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i es mayor que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j , entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio P_j (Bernal, 2008, p. 120).

Por último, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso¹⁰; Alexy ha propuesto dos formas de justificar a favor de qué principio se debe conceder la carga argumentativa:

1. Robert Alexy propuso en su libro de *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1993) que cuando no se pueda establecer la prevalencia de uno de los principios que colisiona, es necesario buscar la solución que responda de mejor manera a los principios de la libertad jurídica y la igualdad jurídica (p. 550).
2. Más recientemente en Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2002), Alexy considera que si existe un empate se decidirá de acuerdo con la voluntad del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del parlamento (Alexy, 2002,

¹⁰ Alexy (2008) también propone el uso de escalas triádicas sobre cada una de las escalas triádicas ya utilizadas; así las cosas al calificar de grave podría añadirse a la valoración: grave muy grave, grave medianamente grave, y grave levemente grave. Sin embargo, no coincidimos con esta solución para los empates puesto que aunque es posible que reduzca estos casos, no los resuelve todos pues aún quedan posibilidades de que la fórmula no permita concluir que un principio prevalece ante otro bajo ciertas circunstancias fácticas, y, adicionalmente, puede resultar poco claro y difícil de justificar que se establezcan más valoraciones sobre las escalas valorativas.

pp. 59-60; Alexy, 2008, p. 557), por lo cual, aplicándose la ponderación dentro del proceso legislativo, el legislador podrá decidir en favor de un principio argumentadamente de acuerdo con su libertad de configuración legislativa.

Con respecto a las dos posiciones, parece más conveniente, dentro del contexto colombiano, la primera postura planteada por Robert Alexy (1993) porque, respetando el principio de configuración legislativa que permite que el legislador pueda actuar representando a los ciudadanos electores, en un Estado Constitucional Democrático de Derecho, la democracia debe estar supeditada al respeto de las libertades individuales, por lo que el *in dubio pro libertate* debe prevalecer y no viceversa, dado que las intromisiones indebidas en el rango de las libertades de las personas, más allá de estar favorecidas por las mayorías democráticas, permiten la posibilidad de tomar decisiones contrarias al pluralismo y al respeto de las minorías, posibilitando una invasión excesiva de la esfera íntima del individuo¹¹.

En Colombia, la proporcionalidad en sentido estricto se ha convertido en uno de los modos de argumentación más importantes desde el surgimiento de la Constitución de 1991, dado que la Corte Constitucional empezó a utilizarla para diferenciar su argumentación de la realizada por la Corte Suprema de Justicia que utilizaba la subsunción. Gradualmente aumentó su aceptación por parte de los magistrados constitucionales, asociada con el “nuevo constitucionalismo” y se ha utilizado especialmente para la argumentación en los casos difíciles (Cepeda, 2008, pp. 138-139).

Dicho aumento en la utilización y aceptación de la proporcionalidad en sentido estricto ha tenido, de acuerdo con Cepeda Espinosa (2008), tres etapas diferentes y progresivas:

¹¹ Bernal Pulido (2003) sostiene que el juez puede utilizar soluciones matizadas que combinen la aplicación de ambas alternativas, “así, entonces, podría aplicarse el *in dubio pro legislatore* para las medidas ordinarias de afectación de los derechos fundamentales y reservar el *in dubio pro libertate* para las medidas que en el caso concreto afecten intensamente a la igualdad jurídica o a la libertad jurídica. O, también, se podría considerar la aplicación del *in dubio pro libertate* como la regla general y destinar el *in dubio pro legislatore* a áreas que las que el Parlamento tiene un margen de acción más amplio en razón de la materia, como la política económica o la política criminal” (pp. 237-238).

1. La etapa de ingreso que ocurrió entre 1992 y 1993, principalmente utilizada para resolver situaciones fácticas que llegaban vía tutela, asumían la forma de una evaluación entre intereses, objetivos, valores o principios que entraban en conflicto en situaciones fácticas concretas; sin embargo, no tenían estructura metodológica clara ni criterios analíticos consistentes (pp. 139-140).
2. La etapa de posicionamiento que inició desde 1994 hasta 2001, que se caracterizó por un debate abierto frente al lugar que debía ocupar la ponderación dentro del razonamiento judicial en Colombia; primeramente excluyendo la ponderación por considerarla una invasión en la esfera funcional del legislador, luego admitiéndola como método para resolver aquellos casos en que la posibilidad de colisión está prevista en la Constitución, y en un tercer momento se consideró el método más apropiado para resolver cuestiones jurídicas relacionadas con la aplicación y límites de los derechos constitucionales fundamentales, para finalmente extender la aplicación de la ponderación a otros problemas jurídicos constitucionales a través de la inferencia de principios generales que nacen de reglas constitucionales específicas, que son ponderados, en lugar de aplicar las reglas en cuestión (Cepeda, 2008, pp. 140-143).
3. Con un cambio de varios magistrados, inicia la etapa de consolidación en el 2002. Aquí la mayoría de magistrados consideran que la ponderación, como modo de argumentación, es la más apropiada a la hora de definir el campo de aplicación y los límites de los derechos fundamentales (Cepeda, 2008, pp. 146-149)¹².

¹² La Corte Constitucional también ha utilizado, principalmente en materia de revisión de constitucionalidad de las leyes, un juicio integrado de constitucionalidad (Insignares & Molinares, 2012, pp. 92-118) que consiste en una metodología propia en la cual converge el uso del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta el modelo europeo propuesto por Alexy (1993; 2008), y el test de igualdad estadounidense. Así las cosas, a la hora de estudiar la constitucionalidad de una ley aplicando el principio de proporcionalidad la Corte Constitucional prevé cómo aplicar dicho principio de la siguiente manera: “en las materias sujetas a desarrollo legislativo la Corte tiene un margen limitado de actuación, reduciéndose a la realización de un test leve de constitucionalidad; mientras que en aquellas materias donde la Constitución restringe la libertad de configuración legislativa del legislador, la Corte está facultada para realizar un escrutinio estricto” (Insignares & Molinares, 2012, p. 116).

Ahora bien, cuando la ponderación que realiza el máximo Tribunal Constitucional decide la relevancia entre dos principios en conflicto, definiendo su campo de aplicación y límites, al resolver un caso, se construye una regla obligatoria para ese caso, generalizable en aquellos casos semejantes, en lo que Pietro Sanchís (2007 y 2009) resume así:

La ponderación se configura como paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso; regla que por cierto merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados (2007, p. 123; 2009, p. 194).

El breve relato histórico permite tomar la sentencia C-239 de 1997 y ubicarla dentro del contexto del posicionamiento de la proporcionalidad en sentido estricto y su uso por la Corte Constitucional. En tal sentencia, la Corte basó su decisión en el respeto al pluralismo que no permite imponer una forma de pensar universal, permitiendo así a los médicos —como se señaló anteriormente— que en aras de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de quien padece una enfermedad terminal, considerando el padecimiento que afecta la concepción de *ser digno* y el principio de solidaridad, la práctica de la eutanasia en enfermos terminales. Así las cosas, en la sentencia no se utilizó el test de proporcionalidad en sentido estricto porque se encontraban en un momento histórico en que dicha figura no tenía la importancia aplicativa que en este milenio se ha desarrollado.

No obstante, la proporcionalidad en sentido estricto es mencionada al referirse a la ponderación en la aclaración de voto “especial”¹³ del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz de la referida sentencia, quien consideró que la decisión tomada no fue la acordada, al estimar a su vez que se excedieron los límites establecidos en la Sala Plena pues la idea no era permitir la eutanasia activa directa en ninguna circunstancia sino darle legitimidad a la eutanasia pasiva y a la activa indirecta. Sobre la ponderación, considera que esta se utilizó para analizar el derecho a

¹³ Se añade la palabra “especial” dado a que así lo llaman en la sentencia.

la vida e integridad personal, estimando en la decisión que la vida se subordinaba al libre desarrollo de la personalidad, y que la ponderación se estaría ampliando más allá del rango al que pertenece, y estaría irrumpiendo en una cuestión eminentemente legislativa.

Se aparta la postura aquí expuesta de la aclaración especial de voto, la cual, en caso de ser cierta, presenta un hecho nefasto para la seguridad jurídica y el funcionamiento judicial, considerando el silencio cómplice de los demás magistrados que, según el salvamento, no vieron incorporadas sus apreciaciones en el debate. También, se puede afirmar que en la sentencia no se utiliza la ponderación como modo para aplicar el derecho pues la decisión estuvo basada en el paradigma del pluralismo, de acuerdo con lo que se señaló previamente.

Adicionalmente, en respuesta a las críticas espetadas contra la ponderación presuntamente realizadas para tomar la decisión, es considerable que en definitiva una ponderación que haga prevalecer un principio sobre otro en un nivel general podría ser muy peligrosa. Sin embargo, establecer una prevalencia en un caso concreto no supondría ningún obstáculo porque es innegable que ante ciertos hechos puede haber una mayor afectación de la intervención de un principio por encima de otro, por lo que no se está subordinando un derecho en abstracto sino en un caso preciso; a su vez, dentro de la propuesta que más adelante se desarrollará en este apartado, no se realizará una ponderación entre el libre desarrollo de la personalidad y la vida, sino entre la dignidad personal y la vida, dos principios intrínsecamente ligados entre sí.

Asimismo, es preciso comentar que en una aclaración de voto dos magistrados, Gaviria Díaz y Arango Mejía, consideraron que, tal como el supuesto de hecho aquí estudiado, no es necesario estar en etapa terminal para solicitar la eutanasia activa directa.

A tenor de lo expuesto, resulta apropiado el uso de la proporcionalidad en sentido estricto para resolver el caso subexámine debido a que las singularidades de su método permiten dar respuesta a un caso en que entren en conflicto dos principios, y crea una regla para todos los casos semejantes, fáctica y jurídicamente; además, su aplicación se ha extendido a lo largo de todo el derecho penal y procesal penal para establecer la legitimidad de las decisiones y legislaciones de tal área. Finalmente, se estima que la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto

entre la vida y la dignidad humana permite hacer un análisis más profundo que el realizado a través del paradigma pluralista pues, aunque indiscutiblemente este ha tenido un papel fundamental en la interpretación y aplicación del derecho desde 1991, el método de la ponderación permite establecer cargas argumentativas más precisas de los principios que se encuentran en conflicto para así poder definir la importancia de cada uno. Así las cosas, se analizará a través de la ponderación el conflicto que existe entre vida y dignidad humana en el siguiente caso:

Las personas que sufren enfermedades incurables no terminales que implican grandes sufrimientos, en estado de indefensión e inferioridad frente a otros individuos, sin que el padecimiento lleve a su muerte, irremediablemente obligados a permanecer en esta situación; encuentran al momento de solicitar la práctica de la eutanasia un choque entre dos principios, el principio de la dignidad humana y el principio de la vida.

La dignidad humana (preámbulo, artículo 1 y 12 de la Constitución), es un pilar del derecho internacional¹⁴ y del derecho constitucional y penal colombiano. Está comprendida por dos axiomas: el principio de autonomía ética del ser que impide instrumentalizar al ser humano no como medio para un fin, sino como un fin en sí mismo, y el principio de indemnidad personal que prevé la indemnidad de la persona como ser social, por lo cual no puede ser sometida a tratos crueles o degradantes (Velásquez, 2009, pp. 63-64)¹⁵.

La vida está protegida en el derecho internacional¹⁶ y en el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 11 constitucional), para el cual debe ser entendida en una concepción que conjugue el concepto biológico y el reconocimiento y búsqueda de otros derechos fundamentales, ligados a la subsistencia en condiciones dignas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1081 de 2003; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-364 de 2005; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-982 de

¹⁴ Véase: La Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

¹⁵ Bustos Ramírez (1992) considera que la dignidad humana y su autonomía ética son un solo principio, del cual proviene la indemnidad personal (pp. 164-165).

¹⁶ Véase: la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

2007), lo que genera para el Estado el deber de respetarla y protegerla (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-728 de 2010).

En este sentido, la Corte no ha dudado en afirmar que “la Carta Política garantiza a los colombianos el derecho a gozar de una vida digna, lo cual comprende un ámbito de la existencia más amplio que el físico” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-344 de 2002), de tal forma que en Colombia la vida solo se entiende si conlleva intrínsecamente el concepto de dignidad.

Teniendo en cuenta los conceptos desarrollados, y el presupuesto de hecho planteado, a continuación se realiza la ponderación de ambos principios, a efectos de examinar qué principio debe prevalecer:

Dignidad: Pi.

Vida: Pj.

Intensidad de la intervención:

- La dignidad humana es el fundamento de la filosofía del Estado Social de Derecho. Así lo señala la Constitución en el preámbulo y primer artículo. Del mismo modo, los diversos tratados internacionales ratificados por Colombia han declarado la relevancia de la dignidad humana como derecho humano fundamental e inviolable. En el caso en cuestión, obligar a una persona a vivir más allá de las condiciones que esta considere dignas se constituye en una afectación muy grave de los derechos, por lo cual la intensidad de la intervención (IPiC) es 4.
- La vida es un derecho humano de gran relevancia que supone la obligación de protección por parte del Estado. Si bien a *prima facie* pareciera que se concibe como un derecho que no puede ser vulnerado bajo ninguna circunstancia, el ordenamiento jurídico colombiano concibe —mediante reglas de permiso— ausencia de responsabilidad penal para quien mate bajo ciertas circunstancias. Así mismo, se ha dejado de lado la protección de la vida del que está por nacer en los supuestos en que se ha descriminalizado el aborto, para dar prelación al libre desarrollo de la personalidad y a la libre disposición del cuerpo. Finalmente, la vida debe ser entendida dentro de condiciones dignas que permitan la subsistencia, lo que conllevaría a pensar que

la vida debe satisfacerse, dentro del marco establecido por su relación con otros derechos, y puesto que en el caso en concreto se observa que su protección es únicamente desde su significado biológico —desconociendo otros principios íntimamente ligados a ella como la dignidad—, la importancia concreta de su satisfacción (WPjC) es 2.

Peso abstracto:

- La dignidad humana se ha convertido en un principio fundante de los Estados modernos actuales y, sin lugar a dudas, está inexorablemente ligado a otros derechos tales como la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad, la indemnidad personal y la vida. Desconocerlo constituiría un retroceso de por lo menos 60 años en el desarrollo del derecho por lo que el peso abstracto (GPiA) del principio es de 4.
- La vida se constituye en un derecho indispensable para el ejercicio de cualquier derecho, pues más allá de todas sus implicaciones, la perspectiva biológica es necesaria para el desarrollo de la voluntad de cada individuo, lo dicho sin menoscabo de su estrecha relación con la muerte, y el derecho que a ella se puede llegar a tener, atendiendo a la vida en su complejidad. El peso abstracto (GPjA) de la vida es 4.

Seguridad de las apreciaciones empíricas:

- En caso de preferirse la vida frente a la dignidad humana, tratándose de personas que al padecer profundos sufrimientos derivados de una enfermedad incurable desean poner fin a su vida por no considerar que se encuentre en condiciones dignas para mantenerla, se produciría necesariamente una vulneración cierta de la dignidad, por lo que la seguridad de las apreciaciones empíricas (SPiC) es 1.
- En caso de preferirse la dignidad humana frente a la vida, tratándose de personas que al padecer profundos sufrimientos derivados de una enfermedad incurable, desean poner fin a su vida, se generaría el fin de la vida, lo que conlleva a que la seguridad de las apreciaciones empíricas (SPjC) sea 1.

Teniendo en cuenta los resultados, la aplicación de la fórmula del peso concreto del principio de la dignidad humana frente al principio de la vida resultaría así:

$$GP_{i,j}C = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{16}{8} = 2$$

Asimismo, se debe aplicar el mismo principio teniendo como referente el principio de la vida frente a la dignidad humana, por lo que se invierte la fracción quedando de esta manera:

$$GP_{i,j}C = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{8}{16} = 1/2$$

Entonces, el resultado del peso concreto de la dignidad humana frente a la vida (2) es mayor que el de la vida frente a la dignidad humana (1/2), y considerando que en la sociedad colombiana prevalece —según lo expuesto— la dignidad humana por encima de la vida, en este caso se admite que el titular del derecho tiene disponibilidad limitada de su propia vida dentro del ámbito en que se protege su dignidad.

El médico como sujeto activo de la eutanasia

En razón de su profesión, el médico está en capacidad de informar a una persona sobre el estado de su salud, las acciones que se pueden tomar al respecto y las consecuencias que implican; esto resulta muy importante, toda vez que el galeno le da al paciente las herramientas para que pueda dar el consentimiento informado:

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la

información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor. Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 477 de 1995).

La Corte Constitucional, en las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014, ha considerado que la eutanasia pretende salvaguardar el derecho a la dignidad, razón por la cual se ha considerado que debe ser un médico quien la practique, no solo por poder informarlo, sino también por ser capaz de ofrecer los medios que propendan para una muerte digna; distinta es la posición de ciertos autores que desde una aproximación bioética, de la cual se aparta esta investigación, consideran que no es viable la intervención del médico en la muerte del paciente de forma activa, sino solo pasiva (Gracia, 1998, p. 312).

Por lo anterior, al abordar la eutanasia y el consentimiento del sujeto pasivo, dentro del marco de lo establecido por la Corte Constitucional, es importante entender que por tratarse del bien jurídico de la vida, quien vaya a disponer de ella debe entender plenamente lo que le están realizando y que la eutanasia se debe realizar respetando la dignidad humana del sujeto pasivo, y para ello es necesario hablar de la intervención del médico.

En consonancia, se colige que el galeno estaría dentro de la causal de ausencia de responsabilidad penal consignada en el numeral segundo del artículo 32 del Código Penal colombiano y referida al consentimiento del sujeto pasivo. En este caso, dicha causal se predica del paciente en la situación vulnerable analizada, la cual le permite, de acuerdo al estudio jurídico propuesto, disponer de su vida en tal caso y por ende consentir la conducta del sujeto activo, es decir, la realizada por el médico. Dicha causal ubica entonces al profesional de la medicina en la parte negativa de la responsabilidad (ausencia de responsabilidad) y lo exime de cualquier pena estatal.

Conclusión

Constitucionalmente es loable y justificable, como se evidenció del análisis propuesto, que la dignidad sea un principio más importante que la vida para aquellos casos en que una persona padece una enfermedad incurable no terminal que le genera grandes sufrimientos, incompatible con su concepción de vida digna. Entonces, la delimitación constitucional que tiene la vida como principio en ese caso concreto permite inferir que la construcción del bien jurídico protegido por los delitos contra la vida —más precisamente del homicidio por piedad y la ayuda o inducción al suicidio— está delimitada por la Constitución, pues aquellos no abarcan los siguientes casos:

1. Cuando sea una enfermedad grave e incurable en etapa terminal y el paciente solicite al médico que le aplique la eutanasia, a raíz de lo establecido al hacer un análisis desde el pluralismo.
2. Cuando sea una enfermedad incurable en etapa no terminal que cause grandes sufrimientos y el paciente solicite al médico que le aplique la eutanasia. Aquí hay una colisión de principios entre la vida y la dignidad que inclusive en el caso 1 se puede ver menguada por causa de la inminencia de la muerte; los resultados de dicha ponderación según lo expuesto aquí, coligen que, la dignidad recibe una grave afectación que hace prevalecer a la vida, por lo que es jurídicamente viable permitir al médico practicar la eutanasia a un paciente con una enfermedad incurable no terminal para concluir con su sufrimiento, siendo atípica la conducta del galeno por el consentimiento del sujeto pasivo sobre un bien jurídico que para el caso en concreto, resulta disponible.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=368&IDA=25632>
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2 ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, 26, 225-238. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2008). Consideraciones acerca de la fórmula de ponderación de Robert Alexy. En E. Montealegre (Coord.) *La ponderación en el derecho*, (pp. 115-132). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustos, J. (1981). Significación social y tipicidad. *Estudios Penales y Criminológicos*, 5, 9-42. Recuperado de http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4282/1/pg_011-044_penales5.pdf
- Bustos, J. (1992). Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica. *Nuevo Foro Penal*, (56), 157-166. Recuperado de http://cedpal.uni-goettingen.de/data/documentacion/nuevo_foro_penal/NFP56.pdf
- Bustos, J. (2012). *Control social y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Bustos, J. & Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de penal, Volumen I*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2009). *Elementos de derecho constitucional*. México: Fontamara.
- Cepeda, M. (2008). La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional. En E. Montealegre (Coord.) *La ponderación en el derecho*, (pp. 133-186). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero, (7 de julio 1992).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-548 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón, (2 de octubre de 1992).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993. MP: Antonio Barrera Carbonell, (28 de octubre de 1993).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-568 de 1993. MP: Fabio Morón Díaz, (9 de diciembre de 1993).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-285 de 1994. MP: Fabio Morón Díaz, (16 de junio de 1994).

- Colombia, Corte constitucional. Sentencia C-350 de 1994. MP: Alejandro Martínez Caballero, (4 de agosto de 1994).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero, (23 de octubre de 1995).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 1996. MP: Carlos Gaviria Díaz, (8 de marzo de 1996).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997. MP: Carlos Gaviria Díaz, (20 de mayo de 1997).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-237 de 1997. MP: Carlos Gaviria Díaz, (20 de mayo de 1997).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 2002. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, (9 de mayo de 2002).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-420 de 2002. MP: Jaime Córdoba Triviño, (28 de mayo 2002).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis, (22 de abril 2003).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T1081 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, (13 de noviembre de 2003).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-364 de 2005. MP: Clara Inés Vargas Hernández, (8 de abril de 2005).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-982 de 2007. MP: Jaime Araujo Rentería, (16 de noviembre de 2007).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009. MP: Humberto Sierra Porto, (28 de mayo 2009).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva, (13 de septiembre de 2010).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva, (22 de febrero 2012).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-241 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva, (22 de marzo 2012).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-921 de 2013. MP: Jorge Pretelt Chaljub, (9 de mayo 2013).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014. MP: Luis Vargas Silva, (15 de diciembre 2014).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 18609 de 2005. MP: Herman Galán, (8 de agosto 2005).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 24612 de 2006. MP: Jorge Quintero Milanés, (26 de abril 2006).

- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 25745 de 2006. MP: Álvaro Pérez Pinzón, (23 de agosto 2006).
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 29183 de 2008. MP: José Bustos Martínez, (18 de noviembre 2008);
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 23508 de 2009. MP: Julio Socha Salamanca, (23 de septiembre 2009)
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Proceso 31531 de 2009. MP: Yesid Ramírez Bastidas, (8 de julio 2009).
- Díez, J. (1999). El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. *Nuevo Foro Penal*, (60), 115-135.
- Domínguez, M. (2011). El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad. *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la República – Uruguay*, 30, 109-122. Recuperado de http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=65747
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (9 ed.). Madrid: Trotta.
- Gracia, D. (1998). Ética y vida: Estudios de bioética, Volumen III. Bogotá: El Búho.
- Hormozábal, H. (1984). Política penal en el Estado democrático. *Anuario de derecho penal y ciencias sociales*, 37, (2), 333-346. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46255>.
- Insignares, S. & Molinares, V. (2012) Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana. *Univrsitas*, (124), 91-118.
- Jiménez, M. (1955). Valor del Consentimiento en el ámbito jurídico penal. *Revista de la Facultad Jurídica de Derecho de México*, 19, 65-96. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=19>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. (2ed). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Mir Puig, S. (1991). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del “Ius puniendi”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 14, 204-215. Recuperado de http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg_204-217_penales14.pdf
- Motta, C. (1995). Intereses y derechos: La transición al Estado Social. En C. Motta (Comp), *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*, (pp. 207-236). Bogotá: Tercer Mundo y Ediciones Uniandes.
- Musco, E. (2014). La irracionalidad en el derecho penal, V. Faggiani & J. Martínez Ruiz (Trad.). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, 16 r-1. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r1.pdf>

- Organización de las Naciones Unidas (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Nueva York (entrada en vigor: 23 de marzo de 1976).
- Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención americana sobre derechos humanos*. San José de Costa Rica.
- Pietro, L. (2007). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell, (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, (pp. 99-146). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pietro, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Sandoval, J. (2012). El derecho penal como ciencia unitaria: Una respuesta al conflicto entre el saber dogmático aislado formal y el saber disciplinar e interdisciplinar. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, edición especial, 267-306.
- Sandoval, J. (2007). *Causales de ausencia de responsabilidad penal*. Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Silva, M. (2004). La dignidad de la persona y su proceso de muerte: la eutanasia. En J. López & J. Zugaldia (Coords.), *Dogmática y Ley Penal Libro Homenaje a Bacigalupo, Tomo II*, (pp. 1239-1252). España: Marcial Pons Ediciones.
- Uprimny, R. (2004). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En B. de Sousa & M. García Villegas (Coords.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico. Tomo I*, (pp. 261-316). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*, (4 ed.). Bogotá: Comlibros.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*, (2 ed.). Buenos Aires: Ediar.