

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-233

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)

Expediente: OG-145

Objeciones gubernamentales al proyecto de ley No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”

Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 8° de la Constitución Política, y cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia, dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Registro de las objeciones gubernamentales

Mediante comunicación recibida en la Secretaría General de esta Corporación el 20 de septiembre de 2012, el presidente del Congreso de la República, remitió el proyecto de ley de la referencia, objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad, para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 de la Constitución Política, esta Corporación decida sobre su exequibilidad.

Texto del Proyecto de Ley objetado

El texto del proyecto de ley No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara, objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad, es el siguiente:

PROYECTO DE LEY NÚMERO 290 DE 2011 CÁMARA, 138 DE 2010 SENADO

Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. Esta ley reglamenta el derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles, a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología. Además, manifiesta el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en

casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

Artículo 2°. Enfermo en fase terminal. Se define como enfermo en fase terminal a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.

Parágrafo. Cuando exista controversia sobre el diagnóstico de la condición de enfermedad terminal se podrá requerir una segunda opinión o la opinión de un grupo de expertos.

Artículo 3°. Enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida. Se define como enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida aquella que es de larga duración, que ocasione grave pérdida de la calidad de vida, que demuestre un carácter progresivo e irreversible que impida esperar su resolución definitiva o curación y que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto.

Artículo 4°. Cuidados Paliativos. Son los cuidados apropiados para el paciente con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible donde el control del dolor y otros síntomas, requieren, además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia. La medicina paliativa afirma la vida y considera el morir como un proceso normal.

Parágrafo. El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos.

Artículo 5°. Derechos de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida:

Derechos: El paciente que padezca de una enfermedad terminal, crónica irreversible y degenerativa de alto impacto en la calidad de vida tendrá los siguientes derechos, además de los consagrados para todos los pacientes:

1. Derecho al cuidado paliativo: Todo paciente afectado por enfermedad terminal, crónica, degenerativa, irreversible de alto impacto en la calidad de vida tiene derecho a solicitar libre y espontáneamente la atención integral del cuidado médico paliativo. Las actividades y servicios integrales del cuidado paliativo se deberán prestar de acuerdo al Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud y las guías de manejo que adopten el Ministerio de Salud y Protección Social y la CRES.

2. Derecho a la información: Todo paciente que sea diagnosticado de una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible, tiene derecho a recibir información clara, detallada y comprensible, por parte del médico tratante, sobre su diagnóstico, estado, pronóstico y las alternativas terapéuticas de atención paliativa propuestas y disponibles, así como de los riesgos y consecuencias en caso de rehusar el tratamiento ofrecido. En todo momento la familia del paciente igualmente tendrá derecho a la información sobre los cuidados paliativos y a decidir sobre las alternativas terapéuticas disponibles en caso de incapacidad total del paciente que le impida la toma de decisiones.

3. Derecho a una segunda opinión: El paciente afectado por una enfermedad a las cuales se refiere esta ley, podrá solicitar un segundo diagnóstico dentro de la red de servicios que disponga su EPS o entidad territorial.

4. Derecho a suscribir el documento de Voluntad Anticipada: Toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos.

5. Derecho a participar de forma activa en el proceso de atención y la toma de decisiones en el cuidado paliativo: Los pacientes tendrán el derecho a participar de forma activa frente a la toma de decisiones sobre los planes terapéuticos del cuidado paliativo.

6. Derechos de los Niños y Adolescentes: Si el paciente que requiere cuidados paliativos es un niño o niña menor de catorce (14) años, serán sus padres o adultos responsables de su cuidado quienes elevarán la solicitud. Si el paciente es un adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años, él será consultado sobre la decisión a tomar.

7. Derecho de los familiares. Si se trata de un paciente adulto que está inconsciente o en estado de coma, la decisión sobre el cuidado paliativo la tomará su cónyuge e hijos mayores y faltando estos sus padres, seguidos de sus familiares más cercanos por consanguinidad.

Parágrafo. El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará la materia.

Artículo 6°. Obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud EPS y las Instituciones Prestadoras de Salud IPS Públicas y Privadas. Las Entidades Promotoras de Salud EPS están en la obligación de garantizar a sus afiliados la prestación del servicio de cuidado paliativo en caso de una enfermedad en fase terminal, crónica, degenerativa, irreversible y de alto impacto en la calidad de vida con especial énfasis en cobertura, equidad, accesibilidad y calidad dentro de su red de servicios en todos los niveles de atención por niveles de complejidad, de acuerdo con la pertinencia médica y los contenidos del Plan Obligatorio de Salud.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará la materia, estableciendo, entre otras, la obligatoriedad de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del Régimen Subsidiado, Contributivo y Régimen Especial y de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), tanto públicas como privadas, de tener una red de servicios de salud que incluya la atención integral en cuidados paliativos, de acuerdo al nivel de complejidad, y desarrollará las guías de práctica clínica de atención integral de cuidados paliativos. También deberá reglamentar la atención en Cuidados Paliativos especializados para la atención de los niños, niñas y adolescentes.

Parágrafo 2°. La Superintendencia Nacional de Salud vigilará que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), del Régimen Subsidiado, Contributivo y Especial incluyan en sus redes integradas la atención en Cuidados Paliativos según los criterios determinantes de las redes integradas de servicios de salud que garanticen el acceso a este tipo de cuidados de forma especializada, a través de sus profesionales y sus Unidades de Atención. Además, las Direcciones Departamentales y Distritales de Salud tendrán en cuenta el mismo criterio, referente a las redes integradas, al aprobar y renovar el funcionamiento de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), tanto públicas como privadas, salvo las excepciones definidas en la norma que competan al Ministerio de Salud y Protección Social.

Artículo 7°. Talento Humano. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán el acceso a la atención de servicios de cuidado paliativo, incorporando a su Red de Atención, Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), con personal capacitado en cuidado paliativo, al cual le sea ofrecida educación continuada en este tema.

Artículo 8°. Acceso a medicamentos opioides. El Ministerio de Salud y de la Protección Social, el Fondo Nacional de Estupefacientes y las Entidades Promotoras de Salud (EPS), garantizarán la distribución las 24 horas al día y los siete días a la semana, la accesibilidad y disponibilidad. Los primeros otorgarán las autorizaciones necesarias para garantizar la suficiencia y la oportunidad para el acceso a los medicamentos opioides de control especial para el manejo del dolor.

Artículo 9°. Cooperación Internacional. El Gobierno Nacional podrá establecer estrategias de Cooperación Internacional, para facilitar el logro de los fines de la presente ley, a través del desarrollo de programas de cuidado paliativo, que permitan la capacitación del personal de la salud para promover la prestación de los servicios de Cuidados Paliativos.

Artículo 10. El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará la materia en el término de seis (6) meses a partir de la promulgación de esta ley.

Artículo 11. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción.

De los honorables Congresistas,

Álvaro Ashton Giraldo, Dilian Francisca Toro, Senadores de la República; Rafael Romero Piñeros, departamento de Boyacá; Luis Fernando Ochoa Zuluaga, departamento de Putumayo, Representantes a la Cámara.

Objeción formulada por el Gobierno Nacional

El Gobierno Nacional, mediante comunicación radicada en el Congreso el 15 de junio de 2012, actuando a través del Ministro del Interior, delegatario de funciones presidenciales^[1] y de la Ministra de Salud y Protección Social, objetó por inconstitucional el proyecto de ley de la referencia, por considerar que debió tramitarse como ley estatutaria.^[2]

La comunicación remitida por el Gobierno Nacional al Congreso de la República, sin la correspondiente sanción ejecutiva al proyecto de ley, señala que éste contiene aspectos relacionados con el derecho a la vida y muerte digna del enfermo terminal que afectan el núcleo esencial de estos derechos fundamentales, lo que exigía que fuera tramitada como ley estatutaria, es decir, que contara con aprobación legislativa por mayoría absoluta en una sola legislatura y examen previo por parte de la Corte Constitucional. En su criterio, de conformidad con lo anterior, se presenta un desconocimiento de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política.

En los términos del documento de objeciones, el Gobierno encontró que el proyecto “contiene aspectos que competen al derecho a la vida a la muerte digna del enfermo terminal, en cuanto si bien existen varios aspectos procedimentales que podrían ser regulados por vía de ley ordinaria, se evidencian otros que tocan el núcleo esencial de los derechos fundamentales en cita” –folio 33 cuaderno principal; en adelante, excepto manifestación en contrario, los folios referidos se encuentran en el cuaderno principal-. A continuación el documento de objeciones cita tres apartes concretos de tres preceptos distintos del proyecto de ley:

1. En el artículo 1°, “donde se consagra que la ley se orienta a reglamentar entre otros ‘(...) el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcional[idad] terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en los casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida” –folio 33-.

2. Un apartado del párrafo del artículo 4° que establece “Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos” –folio 34-.

3. El numeral 4º del artículo 5º que permite a “[t]oda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos” –folio 34-.

A juicio del Gobierno, estos apartes del proyecto aprobado por el Congreso, incluyen temas reservados a la ley estatutaria por las siguientes razones: i) regulan, en algunos apartes, el núcleo esencial de los derechos a la vida y a la dignidad humana; ii) desarrollan textos constitucionales, así como la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional, en la que se estableció que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental; iii) regulan en forma estructural el derecho a la vida de los pacientes e incluye la posibilidad de desistir de manera voluntaria y anticipada a tratamientos médicos; iv) crean mecanismos para que los pacientes manifiesten la voluntad de que no se prolongue su vida de manera innecesaria; y, v) autorizan a los médicos a dejar de prolongar la vida de forma artificial a pacientes con muerte cerebral, sin involucrar ningún tipo de consentimiento de los familiares.

En este sentido, el documento de objeciones manifiesta que “el proyecto de ley aprobado por el Congreso de la República, en criterio del Ministerio de Salud y Protección Social, comporta el carácter de estatutario al regular en algunos apartes el núcleo esencial del derecho a la vida y a la dignidad de las personas, desarrolla textos constitucionales a través de los cuales se reconocen y garantizan los derechos fundamentales, regulando en forma estructural el derecho a la vida de los pacientes a desistir –sic- de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos que no responder -sic- a una vida digna en casos de diagnósticos de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible, determinando mecanismos para que los pacientes manifiesten su voluntad de que no se les prolongue la vida de forma innecesaria y autoriza a los médicos para dejar de prolongar la vida de forma artificial de la persona con muerte cerebral –sin involucrar ningún tipo de consentimiento de los familiares-” –folio 37-.

Por esta razón el Gobierno considera que la regulación señalada “tiene, a su turno, un componente de restricción o limitación voluntaria a la vida que ha sido catalogado como uno de los más trascendentales, si no el más trascendental. (...) [e]stá en juego la irreversibilidad de la vida y, por ende, el rigor con que debe surgir la determinación en torno al derecho a morir dignamente, aun respecto a la eutanasia pasiva previamente declarada por la persona” –folio 37, cuaderno principal; negrilla ausente en texto original-.

Son estos los argumentos que sustentan la objeción gubernamental.

Insistencia del Congreso de la República

Recibidas las objeciones gubernamentales, el Congreso de la República designó a los senadores Karime Mota y Morad, Mauricio Ospina Gómez y Marco Aníbal Avirama, así como a los representantes a la Cámara Luis Fernando Ochoa, Didier Burgos y Rafael Romero para la elaboración del informe a las objeciones gubernamentales al proyecto de ley No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.

Los citados congresistas elaboraron un análisis sobre: i) el marco jurídico nacional e internacional que respalda el contenido del proyecto; ii) la jurisprudencia constitucional que permite establecer cuándo un asunto debe ser tramitado como ley estatutaria; y, iii) los derechos a la vida y la muerte digna, para concluir que el proyecto no se refiere a la eutanasia y que, si bien trata aspectos

relacionados con el derecho a la vida, no lo regula de manera integral, por lo cual no es un asunto sobre el cual recaiga la reserva de ley estatutaria.^[3]

Por lo anterior, y en consideración a que el proyecto de ley tiene como objeto regular lo relativo a la asistencia al dolor, y el respeto a la voluntad del paciente para mitigar el dolor y el sufrimiento, el Congreso consideró que no se trata de una regulación integral del derecho a la vida ni a la muerte digna, por lo cual, el proyecto no tenía reserva de ley estatutaria.

Como consecuencia de lo enunciado, dicho informe, publicado en la Gaceta del Congreso No. 517 de 15 de agosto de 2012, declaró infundadas las objeciones formuladas.

El informe a las objeciones gubernamentales fue considerado y aprobado en sesión plenaria del 28 de agosto de 2012, en el Senado de la República, según consta en el Acta de Plenaria No. 10 de la misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 795 de 2012. Por su parte, en sesión plenaria del 11 de septiembre de 2012, fue considerado y aprobado en la Cámara de Representantes, según consta en el acta de la sesión plenaria No. 152 de la misma fecha, publicada en la Gaceta No. 816 de 2012.^[4]

II. TRÁMITE SURTIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante comunicación recibida en la Secretaría General de esta Corporación el 20 de septiembre de 2012, el presidente del Congreso de la República, remitió el proyecto de ley de la referencia, objetado por el Gobierno Nacional por razones de inconstitucionalidad, para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 superior, esta Corporación decida sobre su exequibilidad.

Mediante auto del 1º de octubre de 2012, el magistrado sustanciador asumió el conocimiento de las citadas objeciones gubernamentales y ordenó oficiar a las Secretarías Generales, así como a las Secretarías de las Comisiones Séptimas de Cámara y Senado de la República, con el fin de que se sirvieran enviar la siguiente documentación a esta Corporación, ante la necesidad de contar con elementos de juicio sobre el trámite legislativo de dichas objeciones:

1) Las Gacetas del Congreso en las que aparezcan publicadas las Actas contentivas de i) los debates de Senado y Cámara de Representantes al informe de la Comisión de Mediación para el estudio de las objeciones presentadas por el ejecutivo al proyecto de la referencia; ii) el anuncio de votación del mencionado informe iii) la aprobación del informe de objeciones y la determinación de los apoyos obtenidos en la votación nominal de las respectivas plenarios de cada Cámara.

2) Las certificaciones relacionadas con el quórum deliberatorio y decisorio de las distintas etapas en Comisiones y Plenarios de cada corporación legislativa.

De la misma manera, esta Corte resolvió fijar en lista el presente proceso en la Secretaría General, con el fin de permitir la intervención ciudadana, pese a lo cual, dentro del término establecido no se recibieron intervenciones.

Por auto de 10 de octubre de 2012, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de las atribuciones contempladas en los artículos 167 y 241, numeral 8, de la Constitución, decidió i) abstenerse de decidir acerca de las objeciones gubernamentales de la referencia, comoquiera que, vencido el término probatorio, los secretarios generales del Senado de la República y la Cámara de Representantes, informaron a la Corte que las actas de las sesiones plenarios respectivas, se encontraban en proceso de elaboración para ser enviadas con fines de publicación en la Gaceta del Congreso. Como consecuencia de lo anterior, ii) ordenó poner en conocimiento de los presidentes de ambas cámaras el contenido de la providencia, con el fin de verificar las Gacetas del Congreso necesarias para poder determinar, con base en las pruebas pertinentes, si para la aprobación del informe de objeciones gubernamentales se cumplió con el procedimiento establecido. iii) Apremió a los secretarios generales de ambas células legislativas para que acopiaran todos los documentos requeridos y los enviaran dentro de los tres (3) días siguientes a

la publicación de las actas en las Gacetas del Congreso. Y, por último, iv) determinó que, una vez el magistrado sustanciador verificara que las anteriores pruebas hubieran sido adecuadamente aportadas, se continuará el trámite de las objeciones objeto de examen de constitucionalidad en esta oportunidad.

Una vez se consideró que el material probatorio necesario para revisar el procedimiento legislativo había sido allegado al expediente las objeciones presentadas fueron discutidas por la Sala Plena de esta Corporación. Como resultado de dicha discusión, la Sala concluyó que se había presentado un vicio procedimental en el trámite de las objeciones que ahora se estudian, el cual, en cuanto tenía la condición de vicio subsanable, motivó la devolución del proyecto de ley al Congreso de la República por medio de Auto de 27 de junio de 2013.

Realizado el trámite procedimental requerido, el proyecto de ley y sus anexos fueron remitidos a la Corte Constitucional por parte del Secretario General de la Cámara de Representantes el 11 de diciembre de 2013. Al analizar la documentación remitida, el Magistrado Sustanciador del trámite de subsanación observó que no se habían remitido las Gacetas del Congreso contentivas de las actas de las sesiones en que dichas actuaciones tuvieron lugar. Por esta razón, por medio de auto de 22 de enero de 2014, ordenó al Presidente de la Cámara de Representantes el envío de las Gacetas del Congreso correspondientes dentro de los tres días siguientes al de su publicación – folio 429-.

El secretario General de la Cámara de Representantes, mediante comunicación de 04 de marzo de 2014, remitió las Gacetas del Congreso que incluyen las actas de las sesiones en las que tuvieron lugar las actuaciones tendentes a la subsanación del vicio señalado –folio 436-.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1.- El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 278-5 de la Constitución y en el artículo 32 del Decreto 2067 de 1991, rindió el concepto de constitucionalidad número 5449 en el proceso de la referencia. La Vista Fiscal solicita a la Corte Constitucional que declare fundadas las objeciones gubernamentales respecto del proyecto de ley No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara “Ley Consuelo DevisSaavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.

2.- El jefe del Ministerio Público, sustentó su posición en el hecho de que “es indudable [...] que el proyecto de ley sub examine, toca la esencia y el fondo de varios derechos fundamentales, comenzando con el derecho a la vida, pero pasando también por el principio- derecho a la dignidad humana, fundamento de todo ordenamiento jurídico”,^[5] razón por la cual debió haber sido tramitado como ley estatutaria.

Para arribar a la anterior conclusión, el Ministerio Público realizó un resumen del articulado del proyecto de ley y se centró particularmente en el objetivo de la ley, trazado en el artículo 1º, tras lo cual, coligió que “es claro que la vida, la salud, la dignidad humana y la libertad, entre otros, son derechos fundamentales de la persona humana, y que el deber y la forma y circunstancias de protegerlos por parte de la sociedad y del Estado son asuntos de tal trascendencia social, que la misma Constitución fijó para su reglamentación un procedimiento y condiciones específicas, cual es de la Ley Estatutaria”.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Conforme a lo dispuesto por los artículos 167, inciso 4, y 241, numeral 8, de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las normas objetadas por el Gobierno Nacional.

2. Planteamiento del problema jurídico y esquema de análisis

Previo a abordar el problema jurídico que proponen las objeciones del Gobierno, esta Corporación se centrará en el examen de constitucionalidad formal sobre las objeciones gubernamentales y su trámite en las cámaras del Congreso de la República.

Con posterioridad, y como parte de la revisión material del proyecto de ley objetado por el Gobierno Nacional, la Corte deberá analizar si preceptos legales que i) en caso de muerte cerebral, releven al médico de la obligación de mantener con vida el resto de órganos del paciente; y ii) consagren el derecho a suscribir un documento por medio del cual se renuncie a tratamientos médicos innecesarios han debido ser tramitados por el procedimiento previsto para las leyes estatutarias, en tanto su contenido determina o configura el núcleo esencial de los derechos fundamentales involucrados y tienen un componente de restricción o limitación voluntaria a la vida.

Se recuerda que, aunque se manifiesta que todo el proyecto de ley debió ser tramitado como ley estatutaria, esta afirmación se fundamenta en que en tres apartes del proyecto regulan materias relacionadas con el núcleo esencial del derecho fundamental a la vida y la dignidad de las personas, razón por la que sólo respecto de éstos será analizada la necesidad del trámite estatutario. En este sentido, la Corte disiente de la aproximación realizada por el Jefe del Ministerio Público, quien consideró necesario evaluar la naturaleza estatutaria del proyecto en general.

Al ser esta la aproximación que realizará la Corte Constitucional, se realizarán unas consideraciones generales respecto del i) significado y alcances de los cuidados paliativos; y ii) la reserva de ley estatutaria en materia de regulación de los derechos fundamentales. Posteriormente, se dará respuesta a las objeciones presentadas, realizando unas breves consideraciones específicas al momento de abordar cada uno de los apartes normativos objetados.

En acuerdo con lo antes expresado, pasa la Sala a realizar el control del procedimiento por el que fue aprobada la insistencia del Congreso respecto del proyecto de ley objetado.

3. Control de los aspectos formales de las objeciones gubernamentales presentadas

3.1. Régimen de las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad e inconveniencia en la Constitución Política

La actual regulación del trámite de las objeciones gubernamentales se encuentra en los artículos 165, 166, 167, 168 y 241.8 constitucionales; 79.4, 196 a 201 de la Ley 5ª de 1992 y el Decreto 2067 de 1991.

En tal sentido, las objeciones gubernamentales pueden ser formuladas por inconveniencia o por inconstitucionalidad. El Gobierno dispone del término constitucional de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta.^[6] En ambos casos se devuelve el proyecto de ley a la cámara en que tuvo origen para que tenga lugar un nuevo debate en Plenaria. En caso de que ambas cámaras insistan, con la mayoría absoluta de los votos de sus miembros, pueden presentarse dos posibilidades: si el proyecto hubiese sido objetado por inconveniente se remite nuevamente al Presidente de la República, quien deberá sancionarlo sin poder formular nuevas objeciones; si lo hubiese sido por inconstitucionalidad se enviará a la Corte Constitucional, la cual decidirá definitivamente, en el término de seis días, sobre la exequibilidad del mismo. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la cámara en que

tuvo su origen para que, oído el ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el artículo 79.4 de la Ley 5ª de 1992 dispone que en cada sesión de las cámaras y sus comisiones permanentes sólo podrán tratarse los temas incluidos en el orden del día, “en el siguiente orden: 4) objeciones del Presidente de la República, o quien haga sus veces, a los proyectos aprobados por el Congreso, e informes de las comisiones respectivas”. De igual manera, el artículo 200 de la misma normatividad establece que “Cuando una Cámara hubiere declarado infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno a un proyecto de ley, y la otra las encontrare fundadas, se archivará el proyecto”.

En este orden de ideas, la actual regulación constitucional de las objeciones gubernamentales, si bien muestra ciertas semejanzas con la anterior Carta Política, presenta como novedades que el control judicial de constitucionalidad lo realiza la Corte Constitucional, a diferencia de la Constitución expirada, que encargaba de la objeción parcial a la respectiva comisión constitucional permanente y de la total a la cámara de origen. La Constitución de 1991 señala que en todo caso, la reconsideración del proyecto de ley corresponde a las cámaras en pleno, con independencia de la naturaleza parcial o total de la objeción formulada o de la causa que la suscite.^[7]

El trámite de insistencia de las cámaras

La formulación de una objeción presidencial por inconstitucionalidad suscita un nuevo debate en el Congreso de la República, vale decir, una nueva reflexión sobre la conformidad de un proyecto de ley, o de parte de su articulado con la Constitución, o respecto a la existencia o no de un vicio de procedimiento.

El artículo 167 constitucional dispone que, si un proyecto de ley es objetado total o parcialmente por el Gobierno, volverá a las cámaras a segundo debate. Si las cámaras insisten, el proyecto pasará entonces a la Corte Constitucional para que ésta, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto.

Al respecto, la Corte ha considerado que "la insistencia de las Cámaras" es un presupuesto de procedibilidad, para que la Corte tenga competencia en el análisis de exequibilidad del proyecto objetado. Si este presupuesto falta en todo o en parte, deberá entenderse que dicho proyecto fue archivado total o parcialmente, de acuerdo al artículo 200 de la Ley 3ª de 1992.^[8]

De igual manera, en cuanto al término de que disponen las cámaras para insistir en la aprobación del proyecto de ley, la Corte ha estimado que, acudiendo al artículo 162 constitucional, no podrá prolongarse más allá de dos legislaturas.^[9] En otras palabras, en ningún caso puede ser superior al término con el que cuenta para la formación de la ley.

En cuanto al trámite de las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad, se tiene que, una vez elaborada la respectiva ponencia insistiendo, ésta deberá ser votada por cada plenaria en sesión diferente a aquella en que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación.

En este orden de ideas, la insistencia del Congreso sobre la constitucionalidad del proyecto de ley objetado, evidencia la existencia de una discrepancia de orden conceptual sobre un aspecto del derecho constitucional entre el Ejecutivo y el Legislativo, en relación con la conformidad o no de un determinado proyecto de ley, o de la regularidad del trámite del mismo, con la Constitución, divergencia que debe ser solucionada por el tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, como lo es la Corte Constitucional, con efectos de cosa juzgada relativa. En otras palabras, las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad, lejos de constituir un veto u obstáculo para el

proceso legislativo en Colombia, constituyen una etapa más en la formación de las leyes. De igual manera, la insistencia de las cámaras no puede ser considerada como una colisión de competencias entre dos ramas del poder público, que por mandato superior están llamadas a guardar entre sí un equilibrio armónico. Simplemente se presenta una discrepancia de orden constitucional entre el Gobierno y el Congreso de la República, que debe ser resuelta por el intérprete último de la Constitución.

El control del juez constitucional sobre el contenido material de las objeciones y el procedimiento impartido a las mismas

El artículo 241.8 superior establece que la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, “tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

En tal sentido, hasta la sentencia C- 1404 de 2000, esta Corporación había considerado, en forma reiterada, que su actividad se circunscribía estrictamente al estudio y decisión de las objeciones gubernamentales, tal y como ellas hubiesen sido formuladas, sin abarcar aspectos no señalados por el Gobierno; es decir, que en lo tocante a los proyectos objetados, “no se puede dar aplicación al principio del control constitucional integral”.^[10] La anterior posición jurisprudencial se apoyaba en el argumento según el cual, en la medida en que la decisión sobre la constitucionalidad de las razones que respaldan las objeciones, debía estar enmarcada exclusivamente en la dinámica de los controles interorgánicos, ésta no podía afectar la posibilidad de que, con posterioridad, los ciudadanos ejercieran la acción pública de inconstitucionalidad contra las normas objetadas, ni tampoco podía reemplazar el procedimiento que para ese efecto establece la Constitución.

Sin embargo, a partir de esta sentencia -C- 1404 de 2000- la Corte modificó su jurisprudencia en relación con el contenido y alcance del control de constitucionalidad en materia de objeciones gubernamentales, para señalar que “en ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas. Los motivos que justifican esta extensión excepcional de la competencia de la Corte, son de doble naturaleza: lógica y constitucional. Lo primero, porque las reglas de derecho que se han de aplicar al estudio de las objeciones, se derivan, en no pocos casos, de otras reglas o principios más generales, no mencionados en las objeciones, pero que resultan insoslayables para fundamentar cualquier decisión. Lo segundo, porque dado que el mandato del artículo 241-8 Superior califica las decisiones de la Corte en estos casos como definitivas, si no se efectúa en ellas el análisis de constitucionalidad de los mencionados temas conexos, éstos quedarán cobijados por el efecto de cosa juzgada constitucional que se deriva de la decisión final sobre la objeción como tal y, en consecuencia, ningún ciudadano podrá controvertirlos en el futuro. En otros términos, al pronunciarse sobre tales asuntos conexos, esta Corporación no está coartando el derecho de los ciudadanos de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, ni sustituyendo el trámite que en esos casos se haya de surtir, por la sencilla razón de que una vez la Corte emita su fallo, la mencionada acción no será procedente respecto de los temas que se relacionan directamente con el objeto central de la providencia”, posición que ha sido reiterada en diversos fallos.^[11]

Cabe asimismo señalar que la Corte ha considerado, de manera reiterada, que el ejercicio de su control se extiende no sólo al control material de las objeciones presentadas por el Gobierno, sino también al procedimiento impartido a las mismas,^[12] es decir, su competencia comprende el examen de la sujeción de los órganos que intervienen en las objeciones a los términos que para tal fin establecen la Constitución y la ley.^[13] De igual manera, esta Corporación considera necesario precisar que, en los términos del artículo 167 constitucional, carece de competencia para establecer condicionamiento alguno al texto sometido a su control.

En definitiva, se trata de un control de constitucionalidad previo a la sanción de la ley, interorgánico, participativo, material y formal, que produce efectos de cosa juzgada relativa.

3.2. Examen de constitucionalidad formal sobre las objeciones gubernamentales y su trámite en las cámaras

A continuación la Sala Plena de esta Corporación abordará el análisis del trámite que surtieron las objeciones gubernamentales en el Congreso de la República. Para ello, iniciará con una breve descripción del trámite legislativo del proyecto de ley.

3.2.1. Descripción del trámite legislativo

El trámite legislativo del proyecto de ley objetado fue el siguiente:

El proyecto fue radicado por el senador Álvaro Ashton Giraldo el 31 de agosto de 2010 en la Secretaría del Senado de la República y publicado en la Gaceta del Congreso No. 586 de 2010. Fue tramitado en la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado con el número 138 de 2010.

El 23 de diciembre de 2010, el Ministerio de la Protección Social presentó un concepto jurídico sobre el proyecto, en el que señaló que no se ajustaba a lo establecido en la Constitución en lo atinente a los temas de unidad de materia y título de las leyes. El citado Ministerio advirtió además, que el proyecto debía ser tramitado como ley estatutaria e hizo consideraciones específicas sobre el contenido del articulado.^[14]

Pese a lo anterior, la ponente del proyecto en primer debate, senadora Dilian Francisca Toro, presentó ponencia positiva, que consta en la Gaceta del Congreso No. 374 de 2011 y fue aprobada el 25 de mayo de 2011. El texto definitivo, aprobado en la Comisión Séptima, fue publicado en la Gaceta No. 391 del mismo año. La ponencia para segundo debate, publicada en la Gaceta No. 393 de 2011, fue aprobada el 15 de junio de 2011, según consta en la Gaceta No. 487 de 2011.^[15]

Después de su aprobación en el Senado, el proyecto fue remitido a la Cámara de Representantes, donde fue identificado con el número 290 de 2011. Fueron designados como ponentes los Representantes a la Cámara Luis Fernando Ochoa Zuluaga, Didier Burgos y Rafael Romero Piñeros. La ponencia para tercer debate fue publicada en la Gaceta No. 738 de 2011.

El 8 de noviembre de 2012, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió a la Comisión Séptima constitucional permanente de la Cámara de Representantes, sus comentarios al proyecto de ley, en los que señaló que podía representar costos adicionales anuales de entre \$42.068,4 millones y \$63.122,9 millones para el SGSSS. Además indicó que “plantea servicios existentes en normas vigentes y establece lineamientos de atención médica que deben actualizarse constantemente”. Por lo anterior, se abstuvo de dar concepto favorable sobre el mismo.^[16]

No obstante lo anterior, el proyecto de ley fue aprobado en tercer debate el 22 de noviembre de 2011, según consta en la Gaceta del Congreso No. 1007 de 2011,^[17] y, en cuarto debate, el 8 de mayo de 2012, como aparece en la Gaceta No. 445 de 2012. El texto aprobado en cuarto debate fue publicado en la Gaceta No. 226 de 2012.

Posteriormente, el proyecto de ley pasó a ser conciliado, para lo que fueron designados los senadores Dilian Francisca Toro y Álvaro Ashton Giraldo y los representantes a la Cámara Luis Fernando Ochoa y Rafael Romero. Los citados congresistas presentaron informe el 22 de mayo de 2012, publicado en la Gaceta del Congreso No. 256 de 2012. El informe de conciliación fue aprobado en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes el 23 de mayo siguiente,^[18] según consta en las Gacetas No. 415 y 447 de 2012, respectivamente.

3.2.2. Objeciones presentadas por el Gobierno Nacional y trámite de las mismas en las cámaras

Presentación de las objeciones

Por oficio de 24 de mayo de 2012, el Secretario General del Senado envió el texto del proyecto de ley No. 138 de 2010 Senado y 290 de 2011 Cámara “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”. El mismo fue recibido el 6 de junio siguiente por la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para la respectiva sanción ejecutiva.^[19]

El Gobierno Nacional -Ministro del Interior, delegatario de funciones presidenciales^[20] y la Ministra de Salud y Protección Social-, mediante comunicación fechada el 14 de junio de 2012, y recibida el 15 de los mismos mes y año, presentó ante el Senado de la República el escrito contentivo de las objeciones por inconstitucionalidad, relacionadas con el proyecto de ley No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara.^[21]

Observa la Corte que las objeciones gubernamentales fueron presentadas dentro de los seis días hábiles siguientes a su recibo, pues dicho término se cumplía el 15 de junio de 2012, fecha de recibo de las objeciones de la referencia. Por lo anterior, se encuentra satisfecho el término establecido en el artículo 166 de la Constitución, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional^[22], debe contarse a partir del siguiente día hábil.

El texto de las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional se encuentra publicado en el Diario Oficial No. 48462 del viernes 15 de junio de 2012. Adicionalmente, se encuentran publicadas en la Gaceta del Congreso No. 374 de la misma fecha –pp. 14 a 16-.

Conformación de la Comisión Accidental encargada de examinar el contenido de las objeciones

En cumplimiento de la Constitución, el Congreso conformó una Comisión Accidental encargada de examinar el contenido de las objeciones gubernamentales, de la siguiente manera: el Presidente del Senado designó a los senadores Karime Mota y Morad, Mauricio E. Ospina y Marco Aníbal Avirama. El Presidente de la Cámara, por su parte, nombró a los representantes Rafael Romero Piñeros, Luis Fernando Ochoa Zuluaga y Didier Burgos Ramírez.

Los congresistas finalizaron su informe con la siguiente proposición:^[23]

“Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, solicitamos a las Plenarias del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, aprobar el presente informe y declarar infundadas las Objeciones Presidenciales al Proyecto de ley 138 de 2011 (sic) Senado, 290 de 2011 Cámara “LEY CONSUELO DEVIS SAAVEDRA, MEDIANTE LA CUAL SE REGULAN LOS SERVICIOS DE CUIDADOS PALIATIVOS PARA EL MANEJO INTEGRAL DE PACIENTE (sic) CON ENFERMEDADES TERMINALES, CRÓNICAS, DEGENERATIVAS E IRREVERSIBLES EN CUALQUIER FASE DE LA ENFERMEDAD DE ALTO IMPACTO EN LA VIDA”.^[24]

Dicho informe se encuentra publicado en las Gacetas del Congreso No. 517 de miércoles 15 de agosto de 2012 (Senado) –folios 1 a 8-, y 530 del jueves 16 de agosto siguiente (Cámara) –folios 1 a 7-.

Anuncio y votación del informe sobre objeciones en la Plenaria del Senado de la República

El anuncio para la discusión y votación de dicho informe se encuentra incluido en el Acta No. 8 del 21 de agosto de 2012 de Plenaria del Senado, publicada en la Gaceta del Congreso No. 791 del 9 de noviembre de 2012.^[25] El mismo se realizó en los siguientes términos:

“Por instrucciones de la Presidencia y, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2003, por Secretaría se anuncian los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión. // Señor Presidente, los proyectos para discutir y votar en la próxima sesión plenaria del Senado de la República del día de mañana, es el siguiente (sic):

Con informe de objeciones:

[...]

Proyecto de ley No. 138 de 2011 Senado, 290 de 2011 Cámara, “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.

[...]

La Presidencia aplazó la votación hasta que se presentara quórum decisorio, según consta en el Acta No. 09 del 22 de agosto de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 794 del 9 de noviembre de 2012.

Del debate del informe sobre las objeciones gubernamentales se dejó constancia en el Acta de Plenaria No. 10 correspondiente a la sesión del martes 28 de agosto de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 795 de 9 de noviembre de 2012.

En cuanto a la votación del informe de las objeciones gubernamentales, el Secretario General del Senado certificó que “[e]l Informe de Objeciones fue aprobado con el lleno de los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios, mediante votación nominal señalado (sic) en el artículo 130 de la ley 5ª de 1992, con 53 votos positivos de 100 Senadores, en la sesión plenaria correspondiente al día 28 de agosto de 2012 (págs. 22 a 30), publicada en la Gaceta del Congreso No. 795 de 2012”.^[26]

En la Gaceta mencionada, efectivamente se consignó que el informe a las objeciones fue aprobado con 53 votos a favor, mediante votación nominal. Se lee en ésta lo siguiente:

“La Presidencia somete a consideración de la plenaria el Informe en el cual se declaran infundadas las Objeciones presentadas por el Ejecutivo, al Proyecto de ley número 138 de 2011 Senado, 290 de 2011 Cámara y, cerrada su discusión abre la votación, e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal.

La Presidencia indica a la Secretaría cerrar el registro, e informar el resultado.

Por Secretaría se informa el siguiente resultado:

Por el Sí: 53
Total: 53 votos”.^[27]

Anuncio y votación del informe de objeciones en la plenaria de la Cámara de Representantes

El anuncio previo a la votación en Plenaria se realizó en sesión que tuvo lugar el 4 de septiembre de 2012, según consta en el acta de Plenaria No. 150, publicada en la Gaceta del Congreso No. 11 del martes 6 de febrero de 2013. El mencionado anuncio se realizó de la siguiente forma:^[28]

“La Secretaria General informa, doctora Flor Marina Daza Ramírez:

Se anuncian los siguientes proyectos para la sesión del día 5 de septiembre de 2012 (sic) o para la siguiente sesión plenaria en la cual se debatan proyectos de ley o actos legislativos.

Informe objeciones presidenciales

Proyecto de ley número 290 del 2011 Cámara, 138 de 2012 (sic) Senado “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.

De acuerdo con certificación expedida por la Secretaría General (E) de la Cámara de Representantes, “en Sesión Plenaria del día 11 de septiembre de 2012, fue considerado y aprobado el informe sobre las Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley No. 290 de 2011 Cámara – 138 de 2011 (sic) Senado ‘Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida’”. La discusión figura en Acta No. 152 de 11 de septiembre de 2012, publicada en la Gaceta del Congreso No. 816 del lunes 19 de noviembre de 2012^[29] (folios 401 a 430).

En la votación se alcanzó la mayoría requerida, según consta en la mencionada acta de sesión plenaria, publicada en la Gaceta del Congreso No. 816 de 19 de noviembre de 2012, acto que se registró de la siguiente manera “Se cierra el registro con el siguiente resultado: Por Sí: 104. Por el No: 1. Señor Presidente, han sido aprobadas las objeciones presidenciales, con las mayorías absolutas como exige la Constitución y la ley” (folio 415).

La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que la sesión para la cual fue anunciada la votación del proyecto no correspondió con aquella en la que dicha votación tuvo lugar, razón por la cual concluyó que se había presentado un vicio procedimental, que al haber tenido lugar en el momento de votación del informe sobre objeciones presidenciales tenía la condición de vicio subsanable. Razón por la cual por medio de auto de 27 de junio de 2013 se ordenó al Congreso de la República realizar el trámite conducente a subsanar el vicio detectado.

Una vez recibido el referido auto por la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 21 de noviembre de 2013^[30], fue realizado el anuncio de la votación del informe de objeciones en sesión del 27 de noviembre de 2013 mediante la siguiente fórmula:

“Señor Secretario sírvase anunciar proyectos para la próxima sesión.

(...)

Proyecto de ley número 290 de 2011 Cámara, 138 de 2010 Senado, mediante el cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral del paciente con enfermedades terminales crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la vida.”^[31]

El informe así anunciado, fue votado, de manera nominal y pública, en la sesión del 3 de diciembre de 2013, obteniendo un resultado de 84 votos por el sí y dos votos por el no^[32], con el cual satisface la mayoría absoluta requerida en este tipo de decisiones^[33].

Una vez realizado el trámite descrito considera la Sala que las actuaciones requeridas se desarrollaron en debida forma, por lo que concluye que el vicio existente fue subsanado.

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que el procedimiento de aprobación de las objeciones gubernamentales por parte del Congreso de la República se llevó a cabo en forma adecuada, lo que autoriza a conocer de fondo el problema jurídico planteado.

4. Examen material de las objeciones gubernamentales

Como había sido indicado en el aparte de antecedentes de esta sentencia, el Presidente de la República formuló objeciones al proyecto de ley 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara, a través del Ministro de Interior, actuando como Ministro Delegatario, y de la Ministra de Salud y Protección Social, por considerar que el proyecto regula contenidos concernientes al derecho a la vida y a la muerte digna del enfermo terminal, lo que hacía necesario darle trámite de ley estatutaria. Así pues, consideró el Gobierno Nacional que el Congreso de la República desconoció los artículos 152 y 153 superiores.

Las principales razones que aparecen consignadas en el documento de objeciones por inconstitucionalidad y que apuntan a argumentar por qué el contenido del proyecto tenía reserva de ley estatutaria, son las siguientes: i) éste regula, en algunos apartes, el núcleo esencial del derecho a la vida y a la dignidad; ii) desarrolla textos constitucionales, así como la jurisprudencia de esta Corporación en la que se estableció que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental^[34]; iii) regula en forma estructural el derecho a la vida de los pacientes, incluyendo la posibilidad de desistir de manera voluntaria y anticipada a tratamientos médicos; iv) crea mecanismos para que los pacientes manifiesten la voluntad de que no se prolongue su vida de manera innecesaria; y, v) autoriza a los médicos a no prolongar la vida de forma artificial a pacientes con muerte cerebral, sin involucrar ningún tipo de consentimiento de los familiares.

El Congreso de la República, por su parte, insistió en que el proyecto no regula nada relativo a la eutanasia y que, si bien trata aspectos relacionados con el derecho a la vida, no lo regula de manera integral, por lo cual no es un asunto sobre el cual recaiga la reserva de ley estatutaria^[35]. Hizo énfasis, asimismo, en que el denominado “documento de Voluntad Anticipada le permite al paciente anticiparse a estados en que la muerte corre su curso natural. Por ello se encuentra en curso el proyecto de ley 064 de 2011, el cual intenta reglamentar el uso adecuado de suscribir el documento de Voluntad Anticipada, dado que en el proyecto de ley 138 de 2011 (sic) Senado, 290 de 2011 Cámara tan solo garantiza el derecho a usar este medio para desistir tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica”. Y puntualizó que “en ningún momento con estos Proyectos de ley se le pretende adelantar la muerte al paciente o intervenir directamente de manera consentida entre el médico y el paciente con el fin de acelerar el fallecimiento del mismo (homicidio eutanásico); muy al contrario el documento de voluntad anticipada, se encuentra acompañado, necesariamente, de los cuidados paliativos, pues con ellos se busca proteger a los pacientes del sufrimiento y el dolor, y junto al documento de Voluntad Anticipada, se busca llevar tranquilamente los últimos momentos de vida de estos pacientes para quienes no hay tratamiento efectivo de cura” –folio 14-.

Por lo anterior, y en consideración a que el proyecto de ley tiene como objeto regular lo relativo a la asistencia al dolor, y el respeto a la voluntad del paciente para mitigar el dolor y el sufrimiento, el Congreso consideró que no se trata de una regulación integral del derecho a la vida ni a la muerte digna, por lo cual, el proyecto no tenía reserva de ley estatutaria.

A partir de lo anterior, como fue expuesto en aparte anterior de esta providencia, corresponde a la Corte determinar si el contenido del proyecto de ley objetado, efectivamente tenía reserva de ley estatutaria. Específicamente si los preceptos legales que i) en caso de muerte cerebral, releven al médico de la obligación de mantener con vida el resto de órganos del paciente; y ii) aquellos que consagren el derecho a suscribir un documento por medio del cual se renuncie a tratamientos médicos innecesarios han debido ser tramitados por el procedimiento previsto para las leyes estatutarias, en tanto su contenido determina o configura el núcleo esencial de los derechos fundamentales involucrados y tienen un componente de restricción o limitación voluntaria a la vida.

Para dar respuesta al cuestionamiento de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Nacional la Sala Plena i) hará referencia al significado y alcance de los cuidados paliativos; ii) estudiará la jurisprudencia sobre la reserva de ley estatutaria; y, finalmente, iii) evaluará la configuración del vicio alegado por el Gobierno Nacional, para determinar si las objeciones formuladas son fundadas o no.

4.1. El concepto de cuidados paliativos. Desarrollo doctrinal.

El Estado Social de Derecho, como manifestación de la voluntad política de la justicia social y de la dignidad humana, ha prestado especial atención a las personas que, por sus especiales condiciones de salud, no pueden ejercer con plenitud sus garantías constitucionales. Debido a ello, el cuidado paliativo de las personas adquiere una especial relevancia para la materialización de un conjunto de derechos interdependientes como la vida, la salud, la dignidad y la solidaridad, entre otros.

No obstante, a pesar de los valores y principios que incorpora el concepto de cuidado paliativo, es importante reconocer que la construcción del término y su posterior desarrollo fue producto de una evolución gradual y progresiva del criterio que se tiene de lo que es una enfermedad a partir del paradigma de los derechos humanos. En ese sentido, los estudios históricos indican que su origen proviene del término *pallium*^[36], cuyo empleo se reservaba a la acción de brindar protección y cobijo a las personas necesitadas^[37]. Con el transcurso del tiempo, se utilizó para designar un conjunto de acciones que tenían como propósito controlar el dolor, el sufrimiento y la sintomatología de pacientes con enfermedades crónicas o degenerativas en su etapa final y con ello mejorar su calidad de vida^[38].

De conformidad con lo expuesto, en sus inicios^[39], los cuidados paliativos se practicaron de manera exclusiva en aquellas situaciones en las cuales se presumía el deceso inminente de una persona. Tales prácticas fueron adquiriendo múltiples connotaciones, respecto a las situaciones y los sujetos, hasta llegar al período actual en el cual estos cuidados se efectúan, incluso, desde la fase primaria de una enfermedad progresiva, avanzada e incurable^[40].

Según Cicely Saunders, los “cuidados paliativos se han iniciado desde el supuesto que cada paciente tiene su propia historia, relaciones y cultura y de que merece respeto, como un ser único y original. Esto incluye proporcionar el mejor cuidado médico posible y poner a su disposición las conquistas de las últimas décadas, de forma que todos tengan la mejor posibilidad de vivir bien su tiempo”^[41]. En ese sentido, tales cuidados pueden variar en contextos específicos determinados por múltiples situaciones, como se expuso, además de ser susceptibles a la incidencia de factores físicos, sociales, espirituales y ambientales, entre otros, razón por la cual su prestación debe respetar la particular visión de la vida y entender al ser humano como un sujeto construido a partir su experiencia sobre la existencia y su concepción sobre el dolor, el sufrimiento y la muerte.

Si bien, en sus inicios, la medicina paliativa fue considerada como una rama alternativa de la ciencia médica, en 1987 fue finalmente reconocida como especialidad médica y se definió como “el estudio y gestión de los pacientes con enfermedad activa, gradual y ultra-avanzada, para la cual es limitado el pronóstico y la aproximación del cuidado es la calidad de vida”^[42]. En principio, este concepto fue incorporado a prácticas médicas. No obstante, debido a que otros profesionales, como enfermeras, terapeutas ocupacionales, fisioterapeutas, fonoaudiólogos o capellanes, entre otros, también brindaban cuidados paliativos, se produjo la reconceptualización multidisciplinaria que conocemos en la actualidad. En consecuencia, los términos cuidado paliativo y medicina paliativa, se usan de manera indistinta y sólo se diferencian a nivel formal.^[43]

Con posterioridad, en 1990 la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) expuso que los cuidados paliativos hacían relación al “cuidado activo total de los pacientes cuya enfermedad no responde ya al tratamiento. Tiene prioridad el control del dolor y de otros síntomas y problemas de orden psicológico, social y espiritual. El objetivo de los cuidados paliativos es proporcionar la mejor calidad de la vida para los pacientes y sus familiares”^[44]. De esta manera, tales cuidados tienen incidencia en múltiples dimensiones de la salud, tanto mental como física, e identifican como objetivo final el mejoramiento de la calidad de vida y la adopción de técnicas multidisciplinarias para garantizar aquella en condiciones dignas^[45].

A su vez, con ocasión a las campañas de lucha contra el cáncer desarrolladas por la OMS, se expuso que aquellos cuidados no se limitaban, de manera exclusiva, a los últimos días de vida, sino a la ejecución progresiva de tratamientos y servicios, para el paciente y su familia. El concepto objeto de estudio fue enriquecido con posterioridad, hasta llegar a la definición actual, que señala un “[e]nfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas, físicos, psicológicos y espirituales”.^[46]

Con el propósito de precisar el contenido y alcance de los mismos la doctrina especializada ha identificado que estos obedecen a unas finalidades específicas. Así las cosas, los cuidados paliativos pretenden:

(i) Alcanzar y mantener un nivel óptimo de control del dolor y de los efectos de su sintomatología. Esto exige una evaluación cuidadosa de cada persona enferma, considerando su historia médica, su examen físico y psicológico, su entorno cultural, etc. En ese sentido, las personas con patologías severas, “deben tener acceso inmediato a toda la medicación necesaria, incluyendo una gama de opioides y de fórmulas farmacéuticas”.^[47]

(ii) Afirmar la vida y entender el morir como proceso normal. Ante la realidad inexorable de la muerte, las personas que reciben cuidados paliativos, no pueden ser calificadas como sujetos inferiores o carentes de derechos, pues el objetivo de tales tratamientos es asegurarles condiciones que les capaciten y animen para vivir de forma útil, productiva y plena hasta el momento de su muerte. Por tanto, la importancia de la rehabilitación, en términos del bienestar físico, psíquico y espiritual, no puede ser desatendida.^[48]

(iii) No apresurar ni posponer la muerte^[49]. De esta manera, su propósito no consiste en prolongar la vida de manera artificial o no natural. Por tanto, los referidos cuidados no obligan a los doctores a emplear indefinidamente tratamientos considerados fútiles^[50] o excesivamente onerosos para los pacientes^[51]. “En cuidados paliativos el objetivo es asegurar la mejor calidad de vida posible y, de ese modo, el proceso de la enfermedad conduce la vida a un extremo natural. Específicamente, la eutanasia y el suicidio asistido no se incluyen en ninguna definición de estos cuidados”.^[52]

(iv) Integrar los aspectos psicológicos y espirituales en los cuidados brindados al enfermo. Como se ha expuesto, la visión sectorial del concepto de salud, que entiende la vida sólo desde una dimensión física, es insuficiente, pues el ser humano no puede ser reducido a una simple entidad biológica.

(v) Ofrecer las herramientas para que los pacientes vivan de manera activa, en la medida de lo posible, hasta el momento de su muerte. De esta manera, el paciente está en la libertad de establecer los objetivos y prioridades, para que, con base en ello, el profesional de la salud le capacite con el propósito de alcanzar el objetivo identificado. Aunque las prioridades de una persona sean susceptibles de cambios, con el paso del tiempo, el personal encargado de brindar los cuidados paliativos debe ser consciente de éstos y atenderlos.^[53]

Para concluir, en esta sucinta consideración sobre los cuidados paliativos, debemos referirnos, también a América Latina, puesto que en los últimos años, han surgido distintas iniciativas, sobre todo en Argentina, Colombia, Brasil y Chile para promocionar los mismos. Si bien en casi todos los países, la baja disponibilidad, sumado al costo elevado de los analgésicos, dificulta su empleo en la fase terminal, algunas entidades que trabajan en oncología o se dedican al control del dolor buscan una preparación más completa y promueven equipos especializados para ese tipo de tratamiento. De esta manera, en México se han constituido las Unidades de Dolor y en Colombia y Brasil desde los Institutos Nacionales de Cancerología.^[54]

El concepto de cuidados paliativos. Desarrollo jurisprudencial.

Para este Tribunal Constitucional el ejercicio del derecho al tratamiento [cuidado] paliativo, como materialización de las garantías fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad y a la solidaridad, es una materia relativamente nueva. Aunque en la Sentencia C-239 de 1997 se expusiera que “el Estado debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación brindarles los tratamientos paliativos del dolor”, sólo hasta la Sentencia T-560 de 2003^[55] se profirió un pronunciamiento respecto a su conceptualización.

En razón a ello, esta última puede considerarse como el punto de partida para desarrollos jurisprudenciales posteriores sobre la materia. En aquella oportunidad se expuso que “los cuidados paliativos van destinados a personas que ya no pueden beneficiarse de los tratamientos curativos. Se refieren a la atención del paciente, e incluyen la asistencia de profesionales de la salud y de voluntarios que proporcionan apoyo médico, psicológico y espiritual a enfermos terminales y a sus seres queridos. Dichos cuidados tienen como propósito mantener la calidad de vida, procurar tranquilidad y comodidad. Buscan controlar el dolor y otros síntomas para que el paciente pueda permanecer lo más cómodo posible, garantizando su dignidad humana”.

Con posterioridad, esta Corporación en Sentencia T-514 de 2006, reiteró el anterior pronunciamiento y expuso que si una persona padecía de una enfermedad incurable que produjera un alto impacto sobre su calidad de vida, la protección que debía brindársele no era sólo de resultado, sino de medio, esto es, el agotamiento de todas las posibilidades médicas disponibles para preservar su existencia vital. Así las cosas, concluyó que un persona en tales circunstancias “no está destinado a ser abandonado a la fatalidad sino que tiene derecho a que se le garanticen unas mínimas condiciones para aliviar sus dolencias y abrigarle esperanzas de recuperación y de prolongación de la vida amenazada, si ese es su deseo. Así, como lo ha manifestado la Corte, el Estado debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación brindarles los tratamientos paliativos del dolor.”

A partir de esos pronunciamientos la Corte delimitó el alcance y contenido del derecho al tratamiento paliativo, en tanto expuso su definición y las obligaciones suscitadas a partir de su ejecución. Estos fundamentos estarían presentes en la construcción jurisprudencial posterior, que no retomó, como objetivo, efectuar un análisis conceptual sino que se limitó a reiterar las decisiones expuestas, frente a ese punto, y delimitar las condiciones necesarias para el goce efectivo de ese derecho. Así, en la Sentencia T-1087 de 2007 se analizaron las disposiciones legales relativas a la autorización de tratamientos, procedimientos y medicinas excluidas de los Planes Obligatorios de Salud, pero necesarias para la prestación de tratamientos [o cuidados] paliativos. Respecto al particular expuso que los mismos debían autorizarse porque “hacen parte, en buena medida, del primer nivel de atención en salud y deben ser asumidas por la ARS demandada”, hecho que tiene como consecuencia que éstos deban ser asumidos por las respectivas entidades prestadoras de servicios. Con el propósito de fundamentar esos argumentos, expuso que las limitaciones a la prestación de servicios con base en discusiones de carácter administrativo, constituyen una limitación en el ejercicio del derecho a la salud, pues erigen una barrera infranqueable para la materialización de las garantías fundamentales por parte de la ciudadanía.

De otra parte, en Sentencia T-052 de 2010, se adoptaron los criterios ya definidos en la jurisprudencia para ordenar el suministro de un medicamento paliativo con base en el criterio de necesidad en la prestación de servicios médicos. Tal decisión constituye un punto de inflexión en tanto que, por primera vez, un magistrado disidente reflexionó sobre la eficacia práctica de un insumo paliativo ante la certeza inexorable de la muerte por parte del actor. En sus palabras “(...) como bien lo señalan los médicos tratantes del accionante, el medicamento solicitado es un paliativo, que no va a salvar la vida del accionante, puesto que no existe una cura diferente a la ya desestimada por el accionante para la patología que padece.”. Al respecto, es importante precisar que este pronunciamiento, de carácter aislado, expresado en un salvamento de voto, no ha sido acogido en alguna decisión por parte de esta Corporación, debido a que, el análisis propuesto en el

mismo, pretende fundamentar el derecho a la vida desde un punto de vista netamente biológico, relacionado con las funciones vitales.

Pronunciamientos jurisprudenciales posteriores, no profundizaron sobre la conceptualización ni la fundamentabilidad del derecho al tratamiento paliativo, debido a que éste se ha asumido como parte integral del principio de dignidad humana y del derecho fundamental a la salud. De esta manera, sentencias como la T-971 de 2011, han reiterado la línea argumentativa expuesta y han entendido a los cuidados paliativos como un conjunto de prestaciones, sobre las cuales no hay una determinación de carácter específico, sobre los medicamentos, tratamientos y/o procedimientos como se observa a continuación “De acuerdo con la información dada por los familiares de la señora María Virginia, la señora ha tenido tratamiento paliativo en el manejo de sus dolores, no le han programado nuevamente la cirugía y actualmente pesa 80 kilos”.

Esta manera de entender el derecho al tratamiento paliativo constituye una característica recurrente en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. A partir de sus primeros pronunciamientos, respecto al particular, construyó una fundamentación sólida respecto al alcance de las obligaciones del Estado y la sociedad civil, para garantizar el correlativo derecho de personas cuya situación particular requiere de la prestación de semejante clase de cuidados. Ello tiene razón de ser, a partir de la materialización de derechos de raigambre constitucional y principios como la vida, así como de los valores constitucionales de la dignidad y la solidaridad, los cuales constituyen los pilares y la arquitectura nuestro régimen político - jurídico y en general del Estado Social de Derecho.

4.2. Reserva de ley Estatutaria en materia de regulación de derechos fundamentales

Recientemente la Corte Constitucional retomó y actualizó la jurisprudencia relativa a la reserva de ley estatutaria para la regulación de asuntos relativos a derechos fundamentales, en la sentencia C-818 de 2011. En este pronunciamiento se recordó que la Constitución consagró en los artículos 152 y 153 un procedimiento legislativo cualificado en aquellas materias que el Constituyente consideró como de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho. En dichas disposiciones no sólo se señaló el contenido material de los asuntos que deben ser regulados mediante ley estatutaria, sino también se ordenó el establecimiento de un trámite de formación de las mismas, especial y más riguroso en cuanto a las mayorías requeridas para su aprobación y a la revisión constitucional previa a la sanción, oficiosa y definitiva.^[56]

No obstante, sobre el particular la Corte Constitucional ha desarrollado criterios jurisprudenciales que apuntan a concluir que no toda regulación legal que tenga que ver con el tema de los derechos fundamentales, resulta reservada al trámite de ley estatutaria. Esta reserva temática no es general, sino restrictiva a ámbitos específicos de los tópicos relacionados con los derechos fundamentales. Por ello, resulta necesario determinar el punto concreto que se regula, y su incidencia en la configuración y alcance del derecho fundamental que pretende regular.

La Corte se ha planteado de manera específica el siguiente interrogante: ¿Cuáles son los criterios para determinar cuándo un asunto referido a los derechos fundamentales y su garantía requiere el trámite de ley estatutaria?^[57] A lo cual ha respondido, con la idea general según la cual, se debe exigir el trámite de ley estatutaria, cuando el contenido de rango legal tiene la vocación de actualizar, configurar y definir derechos fundamentales. Esto es, determinar un nuevo alcance del derecho fundamental a partir de la consideración de la evolución jurisprudencial o normativa interna o externa, fijar sus alcances o ámbito de aplicación y/o establecer el ámbito de conductas protegidas por tal derecho.^[58]

También se han desarrollado criterios concretos derivados de lo anterior. En la sentencia C-641 de 2001, se sistematizaron dichos criterios, y se sostuvo que el trámite legislativo se torna en trámite de ley estatutaria cuando “(i) se trate de uno de los asuntos expresa y taxativamente incluidos en el artículo 152 de la Carta^[59]. (ii) Se trate de un derecho fundamental, no de un derecho constitucional de otra naturaleza^[60]. (iii) [Se] desarrollen y complementen derechos fundamentales^[61]. (iv) La

regulación de que se trate afecte el núcleo esencial de derechos fundamentales^[62]. (v) La regulación que se haga de las materias sometidas a reserva de ley estatutaria sea integral^[63]. (vi) [Se]regule de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales^[64]. (vii) Se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental^[65]”.

En concreto, respecto de la exigencia contenida en el literal a) del artículo 152 superior, referida a que debe tramitarse como leyes estatutarias toda regulación relativa a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los procedimientos y recursos para su protección, esta Corporación – se reitera- ha adoptado criterios restrictivos de interpretación de dicha obligación, recogidos en la mencionada sentencia C-818 de 2011 en los siguientes términos:

“El primero de ellos, puede denominarse como el criterio de la integralidad. En estos términos, la exigencia de ley estatutaria sólo se aplica a la regulación que tenga la pretensión de ser “integral, completa y sistemática, que se haga de los derechos fundamentales. Este criterio fue expuesto en la Sentencia C-425 de 1994^[66] y reiterado por pronunciamientos posteriores. Sobre el particular se dijo:

<la Constitución Política de 1991 introdujo la modalidad de las leyes estatutarias para regular algunas materias respecto de las cuales quiso el Constituyente dar cabida al establecimiento de conjuntos normativos armónicos e integrales, caracterizados por una mayor estabilidad que la de las leyes ordinarias, por un nivel superior respecto de éstas, por una más exigente tramitación y por la certeza inicial y plena acerca de su constitucionalidad>”^[67](Subrayas fuera del original).

2.2.4.2 Un segundo criterio de interpretación restringida señala que debe tramitarse por Ley Estatutaria, aquellas iniciativas cuyo objeto directo sea desarrollar el régimen de los derechos fundamentales o de alguno de ellos en particular^[68]. En efecto, sobre este asunto, en la Sentencia C-013 de 1993^[69], la Corte se expresó así:

<las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos.> ^[70]

Así las cosas, si la reserva de ley estatutaria opera sólo para aquellas leyes cuyo objeto directo es desarrollar la regulación de los derechos fundamentales, en sentido contrario debe entenderse que “si el objeto de la ley es regular materias relacionadas con un derecho fundamental, pero no el derecho fundamental en sí mismo, el trámite de ley estatutaria no es requerido”^[71].

2.2.4.3 Un tercer criterio de interpretación restringida al que ha acudido la Corte para interpretar el artículo 152 de la Constitución ha sido el referente a que <solamente se requiere de este trámite especial cuando la ley regula de manera integral un mecanismo de protección de derechos fundamentales^[72], siempre que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho fundamental.^[73](Subrayas fuera del original)>.^[74]

2.2.4.4 Finalmente, y como cuarto criterio se encuentra la afectación o desarrollo de los elementos estructurales de un derecho fundamental. Como se ha indicado la reserva de ley estatutaria no se predica de la regulación de <todo evento ligado a los derechos fundamentales>^[75] sino <solamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales>^[76], de modo que las leyes estatutarias no deben regular en detalle cada variante o cada manifestación de dichos derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio. En este sentido, la Corte afirmó lo siguiente en la sentencia C-145 de 1994:

<(…) la competencia legislativa ordinaria está directamente habilitada por la Carta para regular derechos fundamentales y si no se presentara tal evento, la mencionada competencia ordinaria se transformaría en exceptiva, ya que directa o indirectamente gran parte de las leyes tocan algún o algunos derechos fundamentales. En materia de derechos fundamentales debe efectuarse ‘una

interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías cualificadas y procedimientos más rígidos- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple que es el consagrado por la Constitución'. Esto significa que las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico>. (negrilla fuera del texto)

Como conclusión de lo anterior la Corte desarrolló criterios prácticos que le permitieran establecer qué función cumple la ley estatutaria respecto del desarrollo de la regulación de los derechos fundamentales. Dichos criterios se han expresado de la siguiente manera: (i) cuando la ley actualiza o configura el contenido de los elementos estructurales de un derecho fundamental debe ser expedida mediante el procedimiento legislativo más exigente, (ii) igual exigencia se predica cuando se regula o precisa los aspectos inherentes a su ejercicio y los elementos que hacen parte de su ámbito constitucionalmente protegido y (iii) por el contrario, cuando la ley tenga como cometido armonizar o ponderar derechos, que sin duda es su función más común, deberá ser tramitada por procedimientos ordinarios. [T-791 de 2011].¹⁷⁷¹

En consecuencia, se sostiene en la citada sentencia C-818 de 2011, “deberán tramitarse a través de una ley estatutaria: (i) los elementos estructurales del derecho fundamental definidos en la Constitución, (ii) cuando se expida una normatividad que consagre los límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, (iii) cuando el legislador tenga la pretensión de regular la materia de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho, (iv) que aludan a la estructura general y principios reguladores y (v) que refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos.”

De conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Sala pasará a determinar si la objeción gubernamental formulada halla asidero o si, por el contrario, es infundada.

4.3. Análisis concreto de constitucionalidad

Los criterios jurisprudenciales arriba sistematizados, implican que la objeción consistente en la vulneración de la reserva de ley estatutaria sólo puede prosperar si en efecto el contenido del proyecto de ley 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara, i) busca actualizar, configurar o definir un derecho fundamental; o ii) determinar el contenido esencial de un derecho fundamental para hacerlo acorde con los cambios o variaciones fruto de la jurisprudencia constitucional; o iii) si tiene como objeto directo el desarrollo de derechos fundamentales; o iv) si busca afectar o desarrollar elementos estructurales de un derecho fundamental.

En tanto las objeciones se presentan respecto de específicos apartados del proyecto, a partir de una argumentación común, la Sala analizará el contenido normativo de cada uno de los apartes objetados, para así dar respuesta al problema jurídico planteado. En este sentido se referirá al apartado contenido en el párrafo del artículo 4º y, posteriormente, hará el análisis conjunto del artículo 1º y del numeral 4º del artículo 5º, todos del proyecto objetado.

4.3.1. El concepto de muerte cerebral y la posibilidad prevista en el párrafo del artículo 4º del proyecto de ley objetado

Por su condición de presupuesto para la comprensión del problema jurídico, la Sala hará referencia a la objeción presentada, al significado de muerte cerebral y luego analizará el contenido de la disposición objetada.

Las objeciones presidenciales propuestas

En las objeciones presentadas, el Gobierno nacional solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del proyecto de ley 138/2010 Senado y 290/2011 Cámara de Representantes, entre otras razones, porque el parágrafo del artículo 4º regularía aspectos relativos al núcleo esencial del derecho a la vida y a la dignidad, así como aspectos estructurales del derecho a la vida de los pacientes –folio 38, cuaderno n. 2-. En este sentido concluye que, además de que “la regulación concierne a derechos fundamentales, tiene, a su turno, un componente de restricción o limitación voluntaria a la vida que ha sido catalogado como uno de los más trascendentales, si no el más trascendental. (...) está en juego la irreversibilidad de la vida y, por ende, el rigor con que debe surgir la determinación en torno al derecho a morir dignamente, aun respecto a la eutanasia pasiva previamente declarada por la persona” –folio 39, cuaderno n. 2-.

Al ser esta la razón que fundamenta las objeciones presentadas, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que en esta ocasión no le asiste razón al Gobierno, por cuanto la disposición que ahora se analiza no regula aspectos estructurales del derecho a la vida –ni en general, ni la de los pacientes en específico-, ni establece una limitación determinante de dicho derecho, ni configura de manera esencial el contenido del mismo, ni, mucho menos, se trata de una regulación que determine contenidos esenciales del derecho a partir de la evolución jurisprudencial que se haya presentado, por lo que no encuentra la Corte motivo que, con base en los artículos 152 y 153 de la Constitución, obligue a que la regulación de estos aspectos deba realizarse por medio de ley estatutaria.

Pasa a explicarse esta conclusión.

El concepto de Muerte Cerebral en el ordenamiento colombiano

El término “muerte cerebral” hace referencia al momento en que se presenta el daño irreversible de las partes del encéfalo que controlan, o de las cuales dependen, las funciones vitales en una persona, incluso cuando dichas funciones vitales –respiratoria o cardíaca- se siguen presentando en virtud de mecanismos artificiales. El estado de muerte cerebral es causado por el cese de funciones del encéfalo -ya sea a causa de daños en el cerebro, en el cerebelo o en el tallo cerebral-, razón por la cual también es conocida como muerte encefálica.

Este concepto surgió de a partir de una publicación académica realizada en 1968, en la que se presentaban las conclusiones de The Ad Hoc Committee of Harvard Medical School^[78]. Dicho comité, a partir de un equipo interdisciplinario, se encargó de determinar los parámetros que debían determinar cuándo una persona había muerto.

Esto por cuanto, anteriormente el cese de las funciones cardíaca o respiratoria eran los parámetros utilizados para determinar la muerte de un ser humano. Sin embargo, debido a los avances en los mecanismos artificiales que ayudan a llevar a cabo las funciones vitales, se encontró la necesidad de establecer nuevos parámetros que determinarían que una persona se encuentra en estado cadavérico.

En su reporte, publicado en the Journal of the American Medical Association^[79], The Ad Hoc Committee tomó como principio la existencia de actividad en el encéfalo humano -o actividad encefálica- para determinar si una persona se encontraba viva o muerta. En este sentido, únicamente ante la ausencia de actividad en todas y cada una de las partes del encéfalo se estaría ante un caso de muerte cerebral.

En concordancia con el principio tomado como fundamento de sus conclusiones, el Comité estableció las pruebas que determinarían cuándo una persona tenía un “permanently nonfunctioning brain”. En este estado “dichas personas no responden a estímulos como ruido o dolor; no pueden respirar por sí mismas; el electroencefalograma es totalmente plano (es decir, no se aprecia actividad eléctrica en el cerebro); y no responden a ninguno de los signos de reflejo (como la contracción de la pupila en respuesta a la luz o la respuesta ante el golpe recibido con un martillo reflex). La muerte cerebral, y no que el corazón deje de latir, es lo que en el estado de avance actual de la ciencia médica significa que la persona ha muerto”^[80].

The Ad Hoc Committee expresó que dicha definición evitaba tratamientos crueles e invasivos en pacientes con muerte cerebral, lo que, a su vez, disminuía la carga que debían soportar los familiares y allegados a dichos pacientes^[81]. Otra de las razones fue aportar seguridad a los profesionales de la medicina respecto de cuál era el momento a partir del que podían ordenar los procedimientos de trasplante de órganos en un paciente apto a este efecto.

El estado de muerte cerebral implica una situación irreversible. Situación que debe diferenciarse de los estados de coma reversible, como pueden ser los estados vegetativos persistentes o los estados vegetativos permanentes, en los que es posible observar que se mantienen las funciones respiratoria y cardíaca sin necesidad de ayudas mecánicas; dilatación de la pupila; y estados REM, entre otras manifestaciones de actividad encefálica.

La declaración de muerte cerebral está sometida a un protocolo casi universalmente aceptado por los profesionales de la ciencia médica, el cual implica la verificación de diversas variables que aportan seguridad acerca de la situación irreversible del paciente. En el ordenamiento colombiano es el decreto 2493 de 2004, en el contexto de la regulación referida a la donación de órganos, el cuerpo normativo en que se establecen los parámetros a tener en consideración al diagnosticar un estado de muerte cerebral. En este sentido el artículo 12 del decreto prevé:

Artículo 12. Muerte encefálica en mayores de dos (2) años. En el diagnóstico de muerte encefálica en adultos y niños mayores de dos (2) años, previo a cualquier procedimiento destinado a la utilización de componentes anatómicos para fines de trasplantes, deberá constatarse por lo menos, la existencia de los siguientes signos:

1. Ausencia de respiración espontánea.
2. Pupilas persistentemente dilatadas.
3. Ausencia de reflejos pupilares a la luz.
4. Ausencia de reflejo corneano.
5. Ausencia de reflejos óculo vestibulares.
6. Ausencia de reflejo faríngeo o nauseoso.
7. Ausencia de reflejo tusígeno.

El diagnóstico de muerte encefálica no es procedente cuando en la persona exista cualquiera de las siguientes causas o condiciones que la simulan pero son reversibles:

1. Alteraciones tóxicas (exógenas).
2. Alteraciones metabólicas reversibles.
3. Alteración por medicamentos o sustancias depresoras del sistema nervioso central y relajantes musculares.
4. Hipotermia.

El diagnóstico de muerte encefálica y la comprobación sobre la persistencia de los signos de la misma, deben hacerse por dos o más médicos no interdependientes, que no formen parte del programa de trasplantes, uno de los cuales deberá tener la condición de especialista en ciencias neurológicas. Dichas actuaciones deberán constar por escrito en la correspondiente historia clínica, indicando la fecha y hora de las mismas, su resultado y diagnóstico definitivo, el cual incluirá la constatación de los siete (7) signos que determinan dicha calificación.

Parágrafo. Cuando no sea posible corroborar alguno de los siete (7) signos establecidos, se deberá aplicar un test de certeza.

En este sentido el estado de muerte cerebral o muerte encefálica autoriza al profesional forense a expedir el certificado de defunción, en los términos del parágrafo del artículo 13 de este decreto, de acuerdo con el cual “el certificado de defunción se expedirá por cualquiera de los médicos tratantes o el médico forense en caso de muerte encefálica, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior del presente decreto”.

En conclusión, el estado de muerte encefálica de acuerdo con lo aceptado por la ciencia médica y lo ratificado por el decreto 2394 de 2004 para el caso colombiano, implica la no realización de las funciones vitales de forma autónoma, como consecuencia de un daño en el encéfalo que se considera irreversible, lo que justifica que se considere a la persona en estado cadavérico y sea posible expedir el certificado de defunción por parte del profesional forense.

Actualmente, es ésta la definición de muerte que se emplea para efectos médicos, los cuales abarcan, por ejemplo, la no obligación del médico de brindar tratamientos al paciente que se encuentre en estado muerte cerebral y la posibilidad de autorizar la disposición de órganos para efectos de trasplantes.

En tanto el aparte objetado del parágrafo del artículo 4º del proyecto 138 de 2010 Senado / 290 de 2011 Cámara de Representantes tiene como presupuesto la existencia de un “diagnóstico de muerte cerebral”, será este el criterio que ilumine la determinación de las posibilidades reconocidas al médico en la disposición objetada.

El parágrafo del artículo 4º del proyecto de ley 138 de 2010 Senado y 290 de 2011 Cámara de Representantes

El texto objetado del parágrafo del artículo 4º es el siguiente:

Parágrafo. El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos.

A partir de lo expresado en la anterior consideración, la Sala considera que el aparte objetado no regula aspecto alguno en relación con la terminación de la vida del paciente, ni determina el momento de la muerte del paciente; y, aunque implícito en las dos afirmaciones anteriores, tampoco otorga al médico posibilidad alguna de decidir sobre la terminación de la vida de un paciente.

El párrafo referido incluye una disposición que se encuentra en total armonía con la filosofía de los cuidados paliativos, en el sentido de prevenir a los profesionales de la medicina de caer situaciones que puedan implicar encarnizamiento o ensañamiento terapéutico. Principio que está en total armonía con el artículo 13 del Código de Ética Médica –ley 23 de 1981-, que, con un texto muy cercano al ahora estudiado, busca el mismo objetivo.

El párrafo impugnado recuerda que no es obligación del médico mantener el funcionamiento de los órganos del paciente que ha sido diagnosticado con muerte cerebral.

Como se expuso con anterioridad, la muerte cerebral hace referencia a un estado irreversible en que la persona ya no presenta actividad eléctrica en el encéfalo y únicamente mantiene funciones vitales de forma artificial, es decir, con ayuda de mecanismos externos. Desde el punto de vista clínico, quien se encuentra en este estado no está vivo, por lo que dicha condición, por ejemplo, es el presupuesto para autorizar la extracción de órganos en casos en que la donación sea el objetivo.

Desde este punto de vista el párrafo cuestionado no determina ningún aspecto en relación con la muerte o la vida del paciente, ni autoriza al médico a terminar con la vida del paciente. El presupuesto de que parte el texto objetado es que exista un diagnóstico de muerte cerebral, con fundamento en el cual se releva al médico de la obligación de mantener de forma artificial las funciones respiratoria y cardíaca de quien se halle en dicho estado.

Por esta razón la Sala no encuentra que el párrafo del artículo 4º esté determinando aspectos centrales del derecho a la vida, o esté configurando el contenido de dicho derecho, o establezca elementos estructurales del mismo –como sería determinar hasta cuándo se considera que alguien está vivo-, o esté desarrollando mandatos jurisprudenciales que afecten el contenido esencial del derecho fundamental a la vida por cuanto, precisamente, el punto de partida y presupuesto normativo para la posibilidad que se da al médico es que la actividad vital en el paciente haya cesado y sólo se mantienen la función respiratoria y la función cardíaca de manera artificial.

Por el contrario, el párrafo desarrolla un contenido elemental de la dignidad humana de todo paciente, cual es el no ser sometido a tratamientos que, al olvidar el concepto de persona como sujeto moral, asignan un valor preponderante y absoluto al concepto biológico de vida, olvidando que un ser humano es mucho más que las funciones respiratoria y cardíaca. Consecuentemente, el contenido cuestionado del párrafo del artículo 4º es una manifestación de respeto, por la persona y por los familiares de quien se encuentra en este estado; respeto que implica el abstenerse de emplear tratamientos o mecanismos desproporcionados en tanto son del todo fútiles ante el escenario de un diagnóstico de muerte cerebral.

Contenido que, adicionalmente, se encuentra en total armonía con la idea de los cuidados paliativos que, precisamente, buscan evitar situaciones que desconocen la proporcionalidad que debe existir en los procedimientos y tratamientos que se practiquen a un paciente que se encuentra en la fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa y progresiva, respecto de la cual ya no existe cura.

Cuidados paliativos que tienen como destinatario, además del paciente, a su núcleo familiar – artículo 1º del proyecto de ley-, el cual se ve afectado por la situación vivida por el paciente y, por consiguiente, debe ser partícipe de las decisiones que sean tomadas en desarrollo de los mismos, tal y como se desprende del numeral 7º del artículo 5º del proyecto de ley en estudio.

Desde este punto de vista no se aprecia razón alguna para que este contenido normativo haya debido ser regulado por una ley estatutaria, por cuanto:

- i) No está determinando un límite para el derecho a la vida;
- ii) No está determinando cuándo debe considerarse que un ser humano ha muerto;
- iii) No asigna al médico obligación alguna de las anteriores situaciones;
- iv) El relevo de la obligación de curar se da con base en un presupuesto de actuación: el diagnóstico de muerte cerebral; y
- v) Aunque implícito en la anterior conclusión, el médico no decide nada respecto de alguien que se considera vivo o en un estado de inconsciencia reversible.

Son estas las razones que llevan a la Sala a declarar la exequibilidad del parágrafo del artículo 4º del proyecto de ley.

4.3.2. Objeción respecto del numeral 4º del artículo 5º del proyecto objetado: derechos del paciente terminal y documento de Voluntad Anticipada

El contenido objetado es el que se subraya a continuación:

Artículo 1º. Objeto. Esta ley reglamenta el derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles, a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología. Además, manifiesta el derecho de estos pacientes a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

Artículo 5º Numeral 4º.

4. Derecho a suscribir el documento de Voluntad Anticipada: Toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos.

Los otros apartes objetados por el Gobierno se encuentran en el artículo 1º y el artículo 5º del proyecto. En tanto el aparte del artículo primero únicamente enuncia que dicha ley regula, como derecho de los pacientes terminales, el de suscribir el documento de voluntad anticipada, mientras el numeral 4º del artículo 5º es el precepto que incluye el derecho a suscribir el documento de Voluntad Anticipada y las condiciones de dicha manifestación, encuentra la Sala que los contenidos de las dos disposiciones son asimilables, razón por la que hará un tratamiento conjunto de la objeción presentada.

Al igual que respecto del precepto anterior, se explicará en qué consiste el documento de voluntad anticipada y, posteriormente, se dará respuesta a la objeción presentada.

El documento de voluntad anticipada: Aproximación doctrinal y perspectiva en ordenamientos extranjeros.

La voluntad anticipada es el conjunto de preferencias que una persona tiene respecto del cuidado futuro de su salud, de su cuerpo y de su vida, la cual se suscribe de manera libre e informada, en pleno uso de sus facultades mentales y como previsión de no poder tomar tal decisión en el futuro, debido a un suceso que le deje incapacitada para expresar tal intención. A su vez, esta declaración, incorpora sus valores, su entorno cultural, sus creencias religiosas y su ideología.

En ese sentido, el documento que contiene tal manifestación de voluntad presenta similitud con la figura del consentimiento informado, pues su propósito obedece garantizar la autonomía de la persona, la dignidad y la proscripción del paternalismo^[82], por medio de una decisión adoptada con anterioridad de manera libre, consciente, informada y con plena capacidad para ello.

Respecto a la ejecución la voluntad anticipada, es importante precisar que la misma tiene lugar en el contexto de una enfermedad en fase terminal, un estado de coma o un escenario de sufrimiento no controlable, situaciones que, de manera general, no permiten a un individuo expresar su parecer respecto de no ser sometido a tratamientos innecesarios. De esta manera, el hecho de conocer la voluntad de la persona de manera anticipada, facilita la adopción de decisiones en ese tipo de circunstancias.

Esta exigencia es un llamado a valorar la proporcionalidad de los tratamientos que se emplean en un paciente en fase terminal y, en coherencia con la filosofía de los cuidados paliativos, a que no se extienda el dolor y el sufrimiento que esta situación genera tanto en el paciente, como en su familia de forma innecesaria.

Desde la perspectiva que arroja la práctica, cuando un individuo pierde la capacidad de expresar sus preferencias y decidir por sí mismo, la responsabilidad de decisiones sobre su salud, su cuerpo y su vida recae en su representante legal, que casi siempre es un familiar cercano. “Tomar estas decisiones es sumamente difícil y con frecuencia implica una gran carga emocional y social para el responsable. El conocer la voluntad anticipada de la persona en cuestión facilita la toma de decisiones y alivia importantemente esa carga. Por eso es importante que toda persona, pero especialmente aquéllas afectadas por cualquier enfermedad, se tomen el tiempo necesario para reflexionar sobre sus preferencias, valores y creencias para definir su voluntad anticipada, y la comuniquen a sus familiares, amigos o a su representante legal”^[83].

De otra parte, tal documento tuvo origen en la jurisprudencia norteamericana, concretamente en 1957 tras la decisión adoptada por la Corte Suprema de California en el caso Salgo

contra Leland Stanford Jr.,^[84] la cual fue ratificada por el Tribunal Supremo en el caso Cruzan, el 25 de junio de 1990^[85], sobre la base del principio de la autonomía y autodeterminación del paciente. Respecto a su creación y desarrollo legal es importante referenciar la Natural Death Act Declaration de California de 1975, que garantizó a los ciudadanos el derecho manifestar su voluntad sobre las condiciones de tratamiento médico a las cuales se someterían en caso de padecer una enfermedad terminal que les deje en estado inconsciente de manera permanente^[86].

En España es efectiva la ejecución de la voluntad anticipada o también llamado testamento vital a partir de las Leyes 021 de 2000 de Cataluña; 012 de 2001 de Madrid; 002 de 2002 de La Rioja; y la Ley Foral Navarra de 2002, las cuales tienen entre su fundamento, el Convenio de Asturias de Bioética suscrito en Oviedo en 1997, por el Consejo de Europa, por medio del cual se establece la protección especial a las personas que no tengan la capacidad de expresar su consentimiento para someterse a un tratamiento o intervención médica.

En el Distrito Federal de México, existe el procedimiento jurídico para que una persona suscriba tal documento con validez legal, desde el año 2008. Tal previsión se encuentra dispuesta en la Ley Voluntad Anticipada la cual tiene por objeto “establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural”.^[87] Otros países que han desarrollado tal mecanismo legal, han sido Alemania, Argentina, Chile, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, entre otros^[88].

La generalidad de documentos de voluntad anticipada expresa la renuncia genérica a determinados tratamientos. Algunos modelos son más específicos y tienen un catálogo amplio del deber de abstenerse a practicar determinados procedimientos o suministrar alimentos o drogas, pero ninguno de ellos especifica la renuncia al tratamiento de patologías determinadas.

En este sentido, debe aclararse que los documentos de voluntad anticipada que se tienen como referencia en ordenamientos extranjeros no pretenden poner fin a la existencia humana y, por consiguiente, no son una modalidad de la eutanasia porque no tienen como propósito inducir la muerte bajo ninguna circunstancia; simplemente, afronta esta última como la culminación de un proceso natural que empieza al nacer. Por ende, este documento suele entenderse como una manifestación de la libertad de autodeterminación y la concreción del principio de dignidad humana que busca limitar el ensañamiento terapéutico y el impacto de una enfermedad terminal, sobre la cual no hay tratamiento, medicamento o procedimiento quirúrgico que produzca algún efecto positivo o que tenga la potencialidad de hacerlo.

Por lo antes dicho, el documento de voluntad anticipada no sólo es respetuoso de la vida y la salud del paciente, sino que tiene en consideración los derechos de un núcleo familiar sobre el que, en la generalidad de los casos, es impuesta una carga desproporcionada frente a la cual en raras ocasiones se cuenta con los medios para asumirla.

En armonía con los parámetros y lineamientos que se observan en ordenamientos extranjeros, el proyecto de ley que ahora se estudia reconoce el derecho de manifestar dicha Voluntad Anticipada en ciertas condiciones y respecto de tratamientos que en el caso concreto tengan una especial connotación, características que determinan la naturaleza y alcance del mismo en el ordenamiento colombiano. Como se explicará a continuación, el proyecto ahora objetado permite que en la fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa, irreversible y que tenga alto impacto en la

calidad de vida de quien la padece, se pueda renunciar a los tratamientos que, en ese preciso y particular escenario, se aprecien como innecesarios para el paciente.

Con base en la aproximación doctrinal y de derecho extranjero presentada, se estudiará la adecuación constitucional del documento de Voluntad Anticipada que el proyecto objetado permite suscribir.

El documento de Voluntad Anticipada en el proyecto de ley analizado

El otro contenido normativo objetado por el Gobierno es previsto en el artículo 1º y en el numeral 4º del artículo 5º del proyecto en cuestión, disposiciones que hacen referencia al documento de voluntad anticipada que pueden firmar los pacientes que se encuentren afectados por enfermedades terminales.

De acuerdo con el Gobierno, este aparte estaría otorgando la posibilidad de que el paciente decida sobre aspectos esenciales del derecho a la vida y el derecho a la salud. En los términos del propio escrito, el contenido normativo que ahora se estudia regula “de forma estructural el derecho a la vida de los pacientes a desistir –sic- de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos que no responder -sic- a una vida digna en casos de diagnósticos de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible, determinando mecanismos para que los pacientes manifiesten su voluntad de que no se les prolongue la vida de forma innecesaria ...” –folio 37-. Por esta razón el Gobierno considera que, entre otras, la Voluntad Anticipada “tiene, a su turno, un componente de restricción o limitación voluntaria a la vida que ha sido catalogado como uno de los más trascendentales, si no el más trascendental. (...) [e]stá en juego la irreversibilidad de la vida y, por ende, el rigor con que debe surgir la determinación en torno al derecho a morir dignamente, aun respecto a la eutanasia pasiva previamente declarada por la persona” –folio 37; negrilla ausente en texto original-.

Al ser este el parecer del Gobierno, la Sala encuentra que, desde el punto de vista constitucional, las objeciones presentadas carecen de fundamento. La diferencia de pareceres entre el Gobierno y la Corte Constitucional tiene origen en el contenido normativo que el Gobierno asigna a las disposiciones cuestionadas y, por consiguiente, a las consecuencias que de las mismas se desprenden en relación con los derechos fundamentales del paciente.

Por esta razón debe la Corte Constitucional aclarar el sentido normativo del artículo 1º y del numeral 4º del artículo 5º del proyecto objetado.

La regulación sobre Voluntad Anticipada aprobada por el Congreso de la República tiene fundamento en el reconocimiento del derecho de todo paciente a renunciar a los tratamientos que sean considerados innecesarios en la fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible. Y, se resalta, el ámbito reconocido por la disposición en análisis es única y exclusivamente la renuncia a este tipo de tratamientos.

El estudio del contenido normativo ahora analizado parte de la adecuada comprensión de lo que significa tratamientos innecesarios. Este concepto aplica a tratamientos médicos que, debido a la situación en que se encuentra un determinado paciente, carecen de toda utilidad para mejorar la salud o la calidad de vida de quien es el sujeto pasivo de los mismos. Este sería el caso de los tratamientos que están pensados y se proporcionan con el fin de curar la enfermedad, cuando ésta se encuentra en fase terminal y, por tanto, la situación del paciente se aprecia como irreversible.

Por esta razón, se reitera, dichos tratamientos resultan desproporcionados, por cuanto pueden generar un grado considerable de sufrimiento en el paciente y, además, en sus familiares, sin que desde el punto de vista médico sea verificable la utilidad de los mismos. En acuerdo con lo manifestado anteriormente, estaríamos ante tratamientos fútiles, pues el único objetivo que se quiere alcanzar con su realización es dilatar el momento de la muerte, sin que exista la posibilidad de curación ya no se aprecia como una posibilidad existente.

De manera que será respecto de los tratamientos fútiles y, por consiguiente, desproporcionados respecto de aquellos que el artículo 1º y numeral 4º del artículo 5º del proyecto objetado permiten renunciar. En este sentido hizo claridad el informe que estudio las objeciones presidenciales, el cual recordó que “a este tipo de pacientes se les permite desistir de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcionalidad terapéutica, sólo si lo especifican por escrito estando en estado –sic conscientes y, anticipadamente a los estados que le impidan de manera consciente declarar su desistimiento” –folio 11-.

Interpretación que refuerza lo consignado en el informe de ponencia para el primer debate en el Senado de la República, en la que se consignó que “[d]e conformidad con el articulado y la exposición de motivos del proyecto de ley, es preciso indicar que el objeto se encuentra en la intención de reglamentar el derecho de las personas con enfermedades terminales de ser atendidos de manera integral y ante una enfermedad degenerativa e irreversible, reconocer la facultad, por expreso deseo del paciente, a desistir de la aplicación de medidas extraordinarias con el fin de prolongar la vida y prohibir el ensañamiento terapéutico, entendida como el derecho de todo ser humano a experimentar una muerte en paz, de acuerdo a la dignidad trascendente de la persona humana, sin prolongar la existencia por medios extraordinarios o desproporcionados, sin entenderse en ningún momento que mediante este proyecto se autoriza al personal médico a desarrollar procedimientos encaminados a la interrupción de la vida del paciente”^[89] –subrayado ausente en texto original.

De manera que serán éstos los tratamientos que se consideran innecesarios y, por tanto, respecto de los cuales puede renunciar el paciente.

Otro aspecto sobre el que debe existir claridad es quién determina el carácter de innecesario de un tratamiento. En tanto la necesidad de un tratamiento atiende a la posibilidad curativa del mismo, así como a los efectos que el éste pueda generar en el paciente, no es otro que el médico o el grupo de médicos que están a cargo del tratamiento de un paciente los que en cada situación específica determinarán cuáles tratamientos resultan necesarios y cuáles, precisamente por las circunstancias que afronta el paciente devienen fútiles o innecesarios para la situación que se afronta.

De manera que, a partir del contenido normativo del numeral analizado, no sería el paciente el que, ante una situación concreta, renunciaría a un tratamiento porque él lo considerara innecesario. Quien suscribe el documento de voluntad anticipada tan sólo manifiesta su deseo de que en una hipotética y futura situación sea tenida en cuenta, por parte de los médicos que están a cargo de su condición, la dignidad que como persona siempre le acompaña y, en consecuencia, no sean realizados tratamientos que se consideren fútiles en su situación.

Lo anterior, sin embargo, no debe entenderse como la imposibilidad de renunciar a tratamientos específicos; o, en otras palabras, no debe entenderse como contrario al ordenamiento jurídico un documento de voluntad anticipada en el que se renuncie a tratamientos específicos por parte del paciente.

No obstante la anterior posibilidad, dicha voluntad sólo será vinculante en el entendido que se cumpla el presupuesto anteriormente expresado: que los tratamientos a que se esté renunciando sean innecesarios para la específica situación que afronte el paciente, de acuerdo con los parámetros establecidos por la ciencia médica.

Al ser estos los presupuestos de la suscripción de un documento de Voluntad Anticipada, esta posibilidad está en perfecta armonía con el mandato ético de la profesión médica, consistente en la prohibición de encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, mandato que impide realizar tratamientos carentes de utilidad alguna respecto de la situación en que se encuentra un determinado paciente.

Desde otra perspectiva, y simplemente con el ánimo de precisar el alcance de la garantía cuya existencia se cuestiona, la Voluntad Anticipada coincide con el deber en cabeza de los médicos a cargo de pacientes terminales, consistente en la aplicación rigurosa de la arx médica, en tanto constituye un llamado a la aplicación de las máximas que la ética que la profesión obliga. En este sentido, el único propósito será reforzar la protección ya existente para que el paciente no sea sujeto de abusos y excesos por parte del personal médico que lo atiende.

La única diferencia que esta posibilidad adiciona a los derechos ya reconocidos de los pacientes¹⁹⁰ tiene que ver, más que con el contenido de los mismos, con el modo y el momento de dejar constancia de la decisión tomada por uno de ellos. En efecto, con el documento de voluntad anticipada el paciente tendría la oportunidad de realizar esta renuncia antes de enfrentarse a la situación en concreto, de manera que si para cuando se encuentre en fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible no se está consciente o no tiene la capacidad de realizar expresamente dicha renuncia, sea este documento el que sirva como manifestación de su voluntad respecto de los tratamientos a seguir en aquel momento.

En concordancia con lo antes expresado, se resalta que esta garantía resulta irrelevante si el paciente tiene la capacidad de expresar su voluntad cuando se encuentre en dicha fase terminal, pues el paciente podrá, como ya el ordenamiento lo reconoce, ejercer su derecho de renuncia respecto de todo tratamiento que se aprecie como innecesario para su específica situación.

Con base en lo antes anotado, son dos las consecuencias que debe resaltar la Sala.

En tanto el paciente no renuncia a un tratamiento que implique una cura a la enfermedad que padece, no se trata de una decisión sobre si se continúa enfermo o no y, de forma mediata, sobre si se sigue con vida o se da fin a la misma. Se trata de una decisión que, desde una perspectiva holística sí atañe a la salud de la persona, aunque en un aspecto mucho menos radical: el de la forma de afrontar un hecho inevitable, como es la muerte, entendida esta como un fenómeno natural del ciclo vital. Desde este punto de vista es impropio sostener que se trata de una decisión que anula, restringe o limita el deber de propender por la cura de una enfermedad. Y, por tanto, no se aprecia en qué forma puede estar determinando aspectos esenciales del derecho a la salud, a la vida o a la dignidad humana.

Y, aunque es evidente, todo lo anterior debe entenderse en el contexto adecuado, es decir: la voluntad de renunciar a ciertos tratamientos, de acuerdo con el precepto objetado, será aplicable únicamente en los casos que i) se esté afectado por una enfermedad crónica y progresiva; ii) que no sea susceptible de un tratamiento curativo, en tanto los tratamientos previsiblemente útiles han

dejado de ser eficaces; y iii) que se encuentre en fase terminal, es decir, que tenga un pronóstico fatal próximo o en un plazo relativamente breve.

Contexto que hace aun más evidente que al suscribir el documento Voluntad Anticipada el paciente no está decidiendo sobre si continúa o da fin a su ciclo vital. Se parte de que se existe un pronóstico fatal próximo, el cual es irreversible. Y, se resalta, la Voluntad Anticipada desde ninguna perspectiva implica la decisión de anticipar el desenlace fatal próximo a ocurrir, por cuanto no consiste en la solicitud de que se aplique o se realice un tratamiento para terminar con la vida. En este sentido no resulta un instrumento eutanásico¹⁹¹.

Lo único que dicha manifestación de voluntad garantiza al paciente es que, en el período anterior a su muerte no sea objeto de tratamientos que, sin una utilidad apreciable desde el punto de vista de la ciencia médica, impliquen dolor o generen sufrimiento de alguna índole. Sentido que resaltaron en su comunicación el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos y la Academia Nacional de Medicina, entidades que manifestaron como los cuidados paliativos y la posibilidad de renunciar a tratamientos innecesarios evita el abuso de la tecnología por parte de la medicina altamente tecnificada, abuso que resulta una práctica reprochable en tanto ha contribuido a deshumanizar la profesión con prácticas que no siempre responden a las necesidades del enfermo, ni ofrecen alternativas a él o a su familia sobre la forma de enfrentar enfermedades incurables y degenerativas –folio 174 y 175-.

De lo anteriormente manifestado, y en armonía con lo explicado en la consideración de este acápite, el documento de Voluntad Anticipada que autoriza el proyecto objetado tiene las siguientes características:

i. Refleja la posibilidad que tiene el paciente de negarse a que le sean realizados tratamientos innecesarios, la cual, ha sido tradicionalmente reconocida en el ordenamiento colombiano, como evidencia el artículo 13 del Código de Ética Médica –ley 21 de 1983-; y las resoluciones 13437 de 1991 y 4343 de 2012;

ii. No implica la facultad de que el paciente determine cuáles tratamientos son o no necesarios. Esta es una atribución que únicamente los profesionales de la medicina pueden ejercer. La Voluntad Anticipada es, por el contrario, una manifestación general de que ante el eventual escenario de enfermedad degenerativa, crónica e irreversible que se encuentre en fase terminal, no le sean realizados tratamientos que, de acuerdo al estado de la ciencia médica, se consideren innecesarios.

iii. Dicha manifestación, además de que NO implica el ejercicio de un derecho nuevo en el ordenamiento jurídico, tiene fundamento en el principio de proporcionalidad, pues su objetivo es evitar que se lleven a cabo tratamientos desproporcionados a un paciente en fase terminal, es decir, tratamientos que, teniendo un carácter curativo, se realicen en una fase en la que la enfermedad ya no es curable –en tanto se considera irreversible-;

iv. En tanto no se define sobre si se recibe una cura o no, no se decide sobre el derecho a la salud; ni, de forma mediata, sobre el derecho a la vida de una persona.

v. La Voluntad Anticipada no reconoce derecho diferente a aquellos de los que, conforme al ordenamiento jurídico vigente en cada momento, ya es titular todo paciente. El aporte de este instrumento, es la posibilidad de ejercer dichos derechos incluso cuando, como consecuencia de la

fase terminal en que se encuentre la enfermedad degenerativa, no le sea posible expresarse de otra forma.

vi. En complemento de los dos literales anteriores, la suscripción de este documento no implica decisión sobre la terminación anticipada de la vida del paciente. Ni siquiera tendría fundamento el argumento de que dicha decisión se presenta de forma mediata al renunciar a un determinado tratamiento, pues, se reitera, el paciente no ha decidido cuáles tratamientos se aprecian como innecesarios en su caso.

vii. De manera que no existe duda respecto del carácter no eutanásico del artículo 1º y del numeral 4º del artículo 5º del proyecto de ley objetado.

A partir de lo anterior la Sala concluye que no le asiste razón al Gobierno, en tanto la suscripción del documento de voluntad anticipada por el cual se renuncia a tratamientos médicos inútiles o innecesarios, todos ellos considerados crueles e invasivos desde el punto de vista de la ciencia médica, no implica anulación, restricción, limitación estructural, desarrollo de los elementos estructurales, configuración del derecho, ni determinación de contenidos esenciales del derecho a la vida del paciente con enfermedad crónica, degenerativa e irreversible en fase terminal y, en consecuencia, no se aprecia cómo este contenido pueda o deba ser considerado como parte del ámbito normativo reservado a las leyes estatutarias.

Síntesis

Las Objeciones presentadas por el Gobierno nacional se basaron en el carácter estatutario que deberían tener el artículo 1º, el párrafo del artículo 4º y el numeral 4º del artículo 5º del proyecto de ley 138 de 2010 Senado y 290 de 2011 Cámara de Representantes. El fundamento de las objeciones fue que las mencionadas disposiciones regulan aspectos del núcleo esencial del derecho fundamental a la vida y la dignidad humana de los pacientes; que no involucran a la familia en la decisión de no prolongar la vida de alguien que se encuentre en estado de muerte cerebral; y que se trata de disposiciones que desarrollan la sentencia C-239 de 1997, la cual previó la posibilidad de llevar a cabo la eutanasia en ciertos casos.

Respecto del párrafo del artículo 4º del proyecto la Sala considera que dicha disposición no tiene naturaleza estatutaria. Este precepto releva al médico de la obligación de mantener en funcionamiento los otros órganos cuando exista muerte cerebral, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos. La Sala observa que la disposición objetada parte de un presupuesto determinante: la existencia de muerte cerebral; es decir, la existencia de una situación de coma irreversible en la que el paciente, como consecuencia de un daño en el encéfalo, ya no registra actividad eléctrica en el cerebro, ni puede realizar autónomamente las actividades cardíaca o respiratoria, y que se mantiene con signos vitales gracias a mecanismos artificiales.

Al ser este el presupuesto fáctico de la disposición objetada, concluye la Sala que la decisión de “mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales” no determina nada respecto de la vida de un paciente, ni tampoco aspecto alguno relativo a cuándo se entiende que un paciente muere, pues el paciente ya se encuentra en estado de muerte cerebral o muerte encefálica. Por esta razón, la regulación contenida en el párrafo del artículo 4º del proyecto no otorga al médico la posibilidad de decidir sobre la terminación de la vida de un paciente y, por consiguiente, no regula aspectos estructurales o propios del contenido esencial del derecho a la vida de los pacientes. Es esta la razón por la que no es necesario que dicho contenido normativo haga parte de una ley estatutaria.

En lo relacionado con el artículo 1º y el numeral 4º del artículo 5º del proyecto, para la Sala la suscripción del documento de Voluntad Anticipada tampoco es un contenido normativo de naturaleza estatutaria. Esta manifestación de voluntad implica la renuncia a tratamientos innecesarios, es decir, a aquellos tratamientos que se aprecian como fútiles y, por consiguiente, desproporcionados en la fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible. Dichos tratamientos serán aquellos que, sin importar las consecuencias para el paciente o para su familia, busquen curar o extender su vida aun en las condiciones antes descritas –fase terminal de una enfermedad degenerativa, irreversible e incurable-; razón por la cual su realización configura casos del llamado encarnizamiento o ensañamiento terapéutico.

Al renunciar a estos tratamientos por medio del documento de Voluntad Anticipada no se está renunciando a la posibilidad de curarse –pues se está en estado terminal- y, por tanto, no se está decidiendo sobre si se sigue enfermo o no, ni, de forma mediata, sobre si se sigue con vida o no; en consecuencia, la suscripción del documento de Voluntad Anticipada no afecta ningún contenido esencial del derecho a la vida –ni a la salud- del paciente. En el mismo sentido, por medio de el documento de Voluntad Anticipada tampoco se está induciendo la muerte, ni se está poniendo fin a la existencia humana y, por ende, no se está autorizando ningún procedimiento de naturaleza eutanásica.

Por las razones antes expuestas la Sala Plena encuentra que las Objeciones presentadas por el Gobierno carecen de fundamento, lo que conlleva la declaratoria de exequibilidad del proyecto objetado.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero. Continuar el trámite de las objeciones gubernamentales al Proyecto de Ley No. 138 de 2010 Senado, 290 de 2011 Cámara, “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.

Segundo. DECLARAR INFUNDADA las Objeciones Gubernamentales analizadas.

Tercero. DECLARAR EXEQUIBLE el proyecto de ley 138 de 2010 del Senado y 290 de 2011 de la Cámara de Representantes “Ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

[1] Según consta a folio 38 del cuaderno principal –en adelante, excepto manifestación en contrario, los folios harán referencia a los que integran el cuaderno principal-, el Ministro del Interior actuaba como delegatario de funciones presidenciales, mediante Decreto 1246 de 2012.

[2] Ver folios 33 al 38.

[3] Ver folios del 2 al 15.

[4] Ver folio 119 del cuaderno de pruebas.

[5] Ver folios 376 y 377.

[6] En relación con dichos términos, la jurisprudencia ha señalado que se trata de días hábiles y completos, de forma tal que el conteo debe realizarse a partir del día siguiente a aquel en que el proyecto fue recibido para la correspondiente sanción presidencial [Sentencias C-510 de 1996; C-063 de 2002; C-068 de 2004, C- 072 de 2006 y C-315 de 2008]. Asimismo, se ha establecido que la obligación que debe cumplirse implica la efectiva publicación de las objeciones en el Diario Oficial dentro de dicho término, no siendo admisible el simple envío a la Imprenta Nacional [Sentencia C-714 de 2008]. Finalmente, ha concluido la jurisprudencia que si transcurridos los indicados términos, el Gobierno no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, el Presidente deberá sancionarlo y promulgarlo. Si las cámaras entran en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos [Sentencias C-819 de 2004 y C-838 de 2008].

[7] Ver al respecto, sentencia C- 241 de 1994. En dicha sentencia, la Corte consideró que “*El Constituyente de 1991 radicó en las Cámara plenas, la competencia de reconsiderar un proyecto de ley que ha sido objetado, bien por razones de inconveniencia o de inconstitucionalidad, en todo o en parte, resulta a las claras el quebrantamiento de los preceptos constitucionales relacionados por el fragmento acusado pues, con abierto desconocimiento de los mandatos superiores, restablece el sistema que imperaba bajo la Constitución anterior, el cual fue concientemente modificado por el Constituyente de 1991. La Corte encuentra una ostensible violación a los artículos 165 y 167 de la Carta Política, como quiera que lo normado*

en el artículo 197 de la ley 5a. de 1992, de hecho restaura el sistema de la Carta de 1886 que el Constituyente de 1991 eliminó, con lo cual frustra el propósito que lo condujo a confiarle a las Plenarias de las Cámaras el segundo debate del proyecto objetado, que no es otro que el de asegurar la activa y decisiva participación de la mayoría de los miembros del cuerpo legislativo en la decisión de las objeciones gubernamentales”.

[8] Sentencias C- 036 de 1998 y C- 500 de 2005.

[9] Sentencias C- 068 de 2004, C- 069 de 2004 y C- 433 de 2004.

[10] Sentencia C- 1404 de 2000.

[11] Ver, entre otras, las sentencias C- 482 de 2002, C- 531 de 2005 y C- 072 de 2006.

[12] Entre otras, sentencias C- 874 de 2005; C- 849 de 2005;

[13] Sentencia C- 1146 de 2003.

[14] Ver folios 313 al 317 del cuaderno principal, correspondientes a la Gaceta del Congreso No. 011 de 2011 (en adelante se entenderá que se hace referencia al cuaderno principal, a menos que se exprese lo contrario).

[15] Folios 60 al 65.

[16] Folios 171 al 174.

[17] Folios 66 al 71.

[18] Folio 43.

[19] Folio 43.

[20] Folio 38.

[21] Ver folios 33 al 38.

[22] Sentencia C-510 de 1996; C-063 de 2002; C-068 de 2004, C- 072 de 2006 y C-315 de 2008.

[23] Folios 2 a 15.

[24] Folio 15.

[25] Esta información aparece certificada en oficio allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional, suscrito por el Secretario General del Senado de la República (fls. 432 a 434).

[26] Folio 433.

[27] Gaceta del Congreso No. 795 de 2012, pp. 23 y 24.

[28] Gaceta del Congreso No. 11 de 2013, p. 21.

[29] Páginas 29 a 32 de la Gaceta citada.

[30] Gaceta del Congreso n. 55 de jueves 27 de febrero de 2014, p. 27.

[31] Gaceta del Congreso n. 55 de 2013, Acta de Plenaria n. 253 del miércoles 27 de noviembre de 2013, p. 27.

[32][32] Gaceta del Congreso n. 41 de 2013, Acta de Plenaria n. 254 del martes 03 de diciembre de 2013, p. 12 a 15, registro nominal de la votación en p. 14 y 15.

[33] Mayoría absoluta equivalente a la mayoría de los miembros de la Corporación, con base en un número total de 162 integrantes –Gaceta del Congreso n. 41 de 2013, p. 3-.

[34] Sentencia C-239 de 1997.

[35] Ver folios del 2 al 15.

[36] Término en latín que significa capa o capote.

[37] Como explica Saunders, la tradición hipocrática no recomendaba el trato con enfermos incurables y terminales... Con el influjo de la cultura cristiana las cosas cambiaron. En latín el sentimiento cálido entre el anfitrión y el invitado y el lugar donde se experimenta esa relación fue designado con el nombre de *hospitium*. En Europa desde el s. IV, en el período de Constantino, y quizá guiado por su madre Santa Elena, aparecieron instituciones cristianas inspiradas en los principios de la caridad evangélica, a las que se dio el nombre de hospitales y hospicios. Los primeros se establecieron en el mundo bizantino. En Roma, el primer gran hospital fue erigido en el año 400. Riera J. (1982: 73). Aproximación a la historia de la medicina. Universidad de Valladolid.

[38] Cfr. Pessini, Leo y Bertachini, Luciana (2006): *Nuevas perspectivas en cuidados paliativos*. *Acta bioeth.* 2006, vol.12, n.2, Pág. 231-242. ISSN 1726-569X. Respecto al concepto de calidad de vida, estos autores exponen que el mismo sólo puede ser definido por la persona enferma y puede variar con el paso del tiempo.

[39] Robert Twycross, refiriéndose a los orígenes del movimiento *Hospice*, afirma que se puede considerar precursores a los hospicios medievales en los finales del s. XIX, a los modernos Hospice católicos de Dublín y Londres. Twycross R.G. *Hospice care, redressing the balance in medicine* Journal of the Royal Society of Medicine, (1980): Pág. 73.

[40] Sepúlveda C. (2005) *Los cuidados paliativos: perspectiva de la Organización Mundial de la Salud*. Dolentium Hominum. Pág. 16-19., OMS.

[41] Saunders C. (2004): Preface. In: Davies E, Higginson IJ, (ed.): *The solid facts: palliative care*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2004.

[42] Dolyle D, Hanks G, Cherny NI, Calman K, (ed.) (2005): *Oxford Textbook of Palliative Medicine*. New York: Oxford University Press; Pág. 1.

[43] El Manual de Medicina Paliativa de Oxford, en su tercera edición (2005), aunque hace esta distinción conceptual, utiliza los dos conceptos como sinónimos. En Pessini, Leo y Bertachini, Luciana, Op Cit.

[44] World Health Organization (1990): *Cancer Pain Relief and Palliative: a report of a OMS expert committee*. Geneva: OMS; 1990.

[45] Esta misma organización internacional redefinió en 2002 el concepto acentuando la prevención del sufrimiento. World Health Organization, *Cancer Pain Relief and Palliative: a report of a OMS expert committee*. Geneva: OMS; 1990.

[46] Información recopilada del sitio Web. <http://www.who.int/cancer/palliative/es/>. Documento electrónico. OMS, 2014.

[47] Pessini, Leo y Bertachini, Luciana, Op. Cit.

[48] *Ibíd.*

[49] Al respecto Centeno Cortés y Arnillas González (1997): *Historia y desarrollo de los cuidados paliativos*. Valladolid, España. Cap 17, Pág. 235. Exponen que los cuidados paliativos “Solamente intentan estar presentes y aportar los conocimientos especializados de cuidados médicos y psicológicos, y el soporte emocional y espiritual durante la fase terminal, en un entorno que incluye el hogar, la familia, los amigos. La atención posterior al fallecimiento es fundamental para los miembros de la familia o algunos amigos. Los voluntarios juegan un rol importante en el soporte de la familia”.

[50] Sobre este punto la Sala considera efectuar la distinción entre tratamiento inútil y tratamiento fútil. Respecto al primero, debe precisarse que hace relación a aquel que correctamente aplicado y con indicación precisa no obtiene el resultado esperado. Por ejemplo, ante una infección generalizada, pueden iniciarse tratamientos con medicamentos prescritos para tal fin, e incluso procedimientos más agresivos, pero el paciente fallece de un shock séptico. Entonces, puede concluirse que el tratamiento fue correcto y bien indicado, pero ha sido inútil. De otra parte, el tratamiento fútil, es aquel que no puede proporcionar un beneficio real al enfermo; por ejemplo, brindar ventilación asistida a un paciente con insuficiencia respiratoria por metástasis de un tumor intratable. Cfr: Marigorta, Javier (2001): *Eutanasia versus cuidados paliativos*. Sociedad Valenciana de Bioética. Valencia, España.

[51] Determinar la futilidad de un procedimiento requiere ponderar distintos tipos de elementos, algunos de ellos son: el juicio clínico, la valoración riesgo - beneficio; las estadísticas de centros nacionales o internacionales resultantes de estudios comparativos; los índices pronósticos; los sistemas de valoración de calidad de vida (con base en la calidad de vida previa al evento y creencias del paciente o sus representantes, y posibilidad futura); los valores, deseos y creencias del paciente o sus representantes y los recursos de atención disponibles. Gómez Córdoba, Ana Isabel (2008). *Revista vía salud, número 46*. Diciembre de 2008.

[52] Pessini, Leo y Bertachini, Luciana, Op. Cit..

[53] Los mismos pueden sintetizarse en las siguientes acciones afirmativas: (a) Proporcionar alivio del dolor y otros síntomas; (b) Afirmar la vida y consideran la muerte como un proceso normal; (c) No intentar acelerar ni retrasar la muerte; (d) Integrar los aspectos espirituales y psicológicos del cuidado del paciente; (e) Ofrecer un sistema de soporte para ayudar a los pacientes a vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte; (f) Ofrecer un sistema de soporte para ayudar a la familia a adaptarse durante la enfermedad del paciente y en el duelo; (g) Utilizar una aproximación

de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias, incluyendo soporte emocional en el duelo, cuando esté indicado; (h) Mejorar la calidad de vida y pueden también influenciar positivamente en el curso de la enfermedad; (i) Ser aplicables con otros tratamientos que pueden prolongar la vida, tales como quimioterapia o radioterapia, e incluyen aquellas investigaciones necesarias para comprender mejor y manejar situaciones clínicas complejas. L.J. Materstvedt, D.Clark, J. Ellershaw, R. Førde, A. Boeck Gravggaard, H. Muller-Busch, J. Porta i Sales y C. Rapin (2003): *Eutanasia y suicidio asistido: la opinión de la EAPC*. Ethics Task Force. En: *Palliative Medicine* 2003; 17: 97 - 101.

[54] Centeno Cortés y Arnillas González. Op Cit. Pág. 241.

[55] En dicha Sentencia se hizo referencia a la Sentencia C-239 de 1997, en la que la Corte manifestó que *“el Estado debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación brindarles los tratamientos paliativos del dolor”*.

[56] En la sentencia C-818 de 2011 se sostuvo al respecto lo siguiente: Esta tendencia de establecer procedimientos especiales para la regulación de ciertas materias, también puede encontrarse en los artículos 19.2 de la Constitución Alemana y 53, numeral 1, de la Constitución Española, según los cuales corresponde al legislador *“cualificado (mediante leyes orgánicas) el desarrollo de materias estructurales para la organización y funcionamiento del Estado y de la sociedad*.

[57] Ver C-641 de 2001

[58] Por ejemplo, la forma como la Ley Estatutaria del derecho a la Libertad Religiosa y de Cultos, desarrolla los distintos contenidos de dicha libertad.

[59] [Cita del aparte transcrito] *Así por ejemplo, la Corte señaló que en materia de contratación administrativa no procedía la reserva de ley estatutaria pues tal asunto no había sido incluido dentro de la lista taxativa del artículo 152. Corte Constitucional, Sentencia C-633/96, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo, la Corte rechazó los cargos de inconstitucionalidad contra el artículo 38 del Decreto Ley 2150 de 1995, pues debido a una confusión entre los vocablos “estatuto” y “ley estatutaria” que hacía el actor, para el demandante la contratación administrativa era un asunto sometido a la reserva de ley estatutaria que no podía haber sido objeto de facultades extraordinarias. La Corte rechazó los cargos, estableció la diferencia entre los dos vocablos y concluyó que la contratación administrativa al no estar incluida dentro de la lista taxativa del artículo 152, no estaba reservada por la Constitución para el trámite excepcional de las leyes estatutarias. Corte Constitucional, Sentencia C-408/94, MP: Fabio Morón Díaz. La Corte rechazó el cargo de inconstitucionalidad propuesto por el actor contra la Ley 100 de 1993, para quien el derecho a la seguridad social era un derecho fundamental y por lo tanto su regulación estaba sometida a la reserva de ley estatutaria. Para el actor, la seguridad social era un derecho fundamental debido al carácter de Estado Social de Derecho, a la inclusión de este derecho dentro del Título II de la Carta y por la conexión de este derecho con “los derechos a la vida, a la igualdad y protección por parte de las autoridades, especialmente en favor de los grupos discriminados y marginados, y aquellas personas que por su condición económica, física y mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; también, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas”*.

[60] [Cita del aparte transcrito] *Una ilustración del empleo de este criterio se ve en la sentencia C-408/94 donde la Corte rechazó que la regulación del derecho a la seguridad social tuviera que hacerse mediante una ley estatutaria, toda vez que no correspondía “a los elementos de derechos fundamentales que quiso el constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral, y en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos” Corte Constitucional, Sentencia C-408/94, MP: Fabio Morón Díaz. La Corte rechazó el cargo de inconstitucionalidad propuesto por el actor contra la Ley 100 de 1993, para quien el derecho a la seguridad social era un derecho fundamental y por lo tanto su regulación estaba sometida a la reserva de ley estatutaria. Para el actor, la seguridad social era un derecho fundamental debido al carácter de Estado Social de Derecho, a la inclusión de este derecho dentro del Título II de la Carta y por la conexión de este derecho con “los derechos a la vida, a la igualdad y protección por parte de las autoridades, especialmente en favor de los grupos discriminados y marginados, y aquellas personas que por su condición económica, física y mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; también, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas”*.

[61] [Cita del aparte transcrito] *Un ejemplo del empleo de este criterio es la sentencia C-013/93, proferida con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra normas que regulaban materias relacionadas con el derecho al trabajo. En dicha providencia la Corte dijo que "las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos.". Corte Constitucional. Sentencia C-013/93, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa ocasión la Corte señaló que en materia del derecho al trabajo, una ley estatutaria debería ser el instrumento a través del cual se desarrollara "el concepto del trabajo como obligación social, lo que se entiende por "condiciones dignas y justas", la determinación de las distintas modalidades del trabajo que gozan de la especial protección del Estado y, en fin, enriquecer el contenido de este derecho con base en los desarrollos que surjan de los tratados y convenios internacionales". Corte Constitucional, Sentencia C-247/95, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En esta sentencia, la Corte rechazó los cargos de inconstitucionalidad contra la Ley 144 de 1994, pues aún cuando esta ley ordinaria que regula el procedimiento de pérdida de investidura guardaba relación con un derecho político fundamental, no afectaba su núcleo esencial y por lo mismo no requería el trámite de las leyes estatutarias.*

[62] [Cita del aparte transcrito] *Este ha sido un criterio determinante para la Corte en materia de derechos. Un ejemplo de su aplicación es la sentencia C-247/95 donde esta Corporación señaló que en "cuanto a los derechos fundamentales, el criterio para definir si se requiere ley estatutaria para la expedición de las normas que tocan con ellos radica, según lo ha expuesto esta Corte, en la verificación de si los preceptos correspondientes afectan el núcleo esencial de aquellos, como cuando se consagran restricciones o limitaciones a su ejercicio, lo que en verdad se traduce en su regulación, claramente aludida en el artículo 152 de la Carta." Corte Constitucional, Sentencia C-247/95, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En esta sentencia, la Corte rechazó los cargos de inconstitucionalidad contra la Ley 144 de 1994, pues aún cuando esta ley ordinaria que regula el procedimiento de pérdida de investidura guardaba relación con un derecho político fundamental, no afectaba su núcleo esencial y por lo mismo no requería el trámite de las leyes estatutarias.*

[63] [Cita del aparte transcrito] *Este criterio fue aplicado en la sentencia C-425/94, donde la Corte señaló que la "Constitución Política de 1991 introdujo la modalidad de las leyes estatutarias para regular algunas materias respecto de las cuales quiso el Constituyente dar cabida al establecimiento de conjuntos normativos armónicos e integrales, caracterizados por una mayor estabilidad que la de las leyes ordinarias, por un nivel superior respecto de éstas, por una más exigente tramitación y por la certeza inicial y plena acerca de su constitucionalidad" Corte Constitucional, Sentencia C-425/94, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En esta sentencia, la Corte declaró inconstitucionales los artículos de la Ley 104 de 1993 que regulaban el derecho a la información y establecían restricciones sobre el núcleo esencial que deberían haber sido reguladas en una ley estatutaria. Corte Constitucional, Sentencia C-155 A/93, MP: Fabio Morón Díaz. En este caso, la Corte señaló que aun cuando la acción de tutela regulada por el Decreto Ley 2591 de 1991, era una de aquellas materias que formal y materialmente requerían el trámite de las leyes estatutarias, el Constituyente de 1991 había establecido en el literal b) del artículo 5 transitorio de la Carta una excepción temporal para la regulación de esta materia mediante facultades extraordinarias conferidas directamente al gobierno.*

[64] [Cita del aparte transcrito] *Este fue el criterio empleado en la sentencia C-155 A/93, en la que señaló que la Acción de Tutela, como derecho fundamental y como procedimiento y especie de recurso de protección de los mismos, bien puede ser objeto de regulación legal, pero por virtud de ley estatutaria expedida por el órgano legislativo ordinario y con las limitaciones de forma y procedimiento predicables para aquellas". Corte Constitucional, Sentencia C-155 A/93, MP: Fabio Morón Díaz. En este caso, la Corte señaló que aun cuando la acción de tutela regulada por el Decreto Ley 2591 de 1991, era una de aquellas materias que formal y materialmente requerían el trámite de las leyes estatutarias, el Constituyente de 1991 había establecido en el literal b) del artículo 5 transitorio de la Carta una excepción temporal para la regulación de esta materia mediante facultades extraordinarias conferidas directamente al gobierno.*

[65] [Cita del aparte transcrito] *Este criterio fue empleado para declarar la constitucionalidad de la regulación del derecho al trabajo consagrada en los artículos 38 y 232 de la Ley 222 de 1995. En esa ocasión esta Corporación afirmó que la acción de reintegro era un instrumento judicial dirigido a resarcir al trabajador injustamente despedido que no alcanzaba "la categoría de mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección del derecho al trabajo en su núcleo esencial, ya que se trata de uno entre varios sistemas posibles para el expresado fin, no impuesto por la Constitución sino creado por la ley dentro de la discrecionalidad propia de la función legislativa." Corte Constitucional, Sentencia C-434/96, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte estudió los derechos procesales y sustanciales de los*

trabajadores al servicio de compañías comerciales y encontró que la regulación del derecho al trabajo que hacía la norma cuestionada no afectaba su núcleo esencial. En cuando a la acción de reintegro, la Corte señaló que aun cuando era un instrumento judicial para proteger a los trabajadores de despidos injustos, no tenía la categoría de garantía constitucional de derechos fundamentales, cuya regulación exige el trámite de las leyes estatutarias

[66] [Cita del aparte transcrito] M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[67] [Cita del aparte transcrito] En esta sentencia, la Corte declaró inconstitucionales los artículos de la Ley 104 de 1993 que regulaban el derecho a la información y establecían restricciones sobre el núcleo esencial que deberían haber sido reguladas en una ley estatutaria.

[68] [Cita del aparte transcrito] Cfr. Sentencia C-1067 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[69] [Cita del aparte transcrito] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[70] [Cita del aparte transcrito] En esa ocasión la Corte señaló que en materia del derecho al trabajo, una ley estatutaria debería ser el instrumento a través del cual se desarrollara "el concepto del trabajo como obligación social, lo qué se entiende por "condiciones dignas y justas", la determinación de las distintas modalidades del trabajo que gozan de la especial protección del Estado y, en fin, enriquecer el contenido de este derecho con base en los desarrollos que surjan de los tratados y convenios internacionales".

[71] [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-1067 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[72] [Cita del aparte transcrito] Cf. Sentencia C-155A de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

[73] [Cita del aparte transcrito] Cf. Sentencia C-434 DE 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte estudió la acción de reintegro, y señaló que aun cuando era un instrumento judicial para proteger a los trabajadores de despidos injustos, no tenía la categoría de garantía constitucional de derechos fundamentales, cuya regulación exigiera el trámite de las leyes estatutarias.

[74] [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-1067 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[75] [Cita del aparte transcrito] Cfr. sentencia C-013 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[76] [Cita del aparte transcrito] Cfr. sentencia C-226 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también la sentencia C-319 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[77] Reiterada en sentencia C-818 de 2011.

[78] Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Death. "A Definition of Irreversible Coma." Journal of the American Medical Association, Vol. 205, no. 6 (1968). Pags. 85-88.

[79] *Ibidem*.

[80] <http://doctorthen.wordpress.com/2013/06/06/death-by-committee/>. Marzo 13 de 2014.

[81] *Ibidem*

[82] Cfr. Requero Ibáñez (2002): *La influencia del consentimiento informado. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ponencia del curso: La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Consejo General del Poder Judicial, España. Pág.319 - 417.

[83] *Ibíd.*

[84] En aquella oportunidad se determinó la obligación de indemnizar cuando se traspasaban los límites del consentimiento otorgado por el paciente o bien se ocultaba una prohibición suya. Requero (2002) Op. Cit.

[85] Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos), *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

[86] La Ley de Muerte Natural de California es un documento legal que instruye al personal médico para retirar o suspender el trato de salvamento bajo ciertas condiciones. http://www.ehow.com/about_6540076_california-natural-death-act-declaration.html#ixzz2wF34B8H4.

[87] Asamblea Legislativa del Distrito Federal. IV legislatura. Decreto por el que se expide la ley de voluntad anticipada para el distrito federal; se adiciona el código penal para el distrito federal y se adiciona la ley de salud para el distrito federal. En: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-077346ece61525438e126242a37d313e.pdf>

[88] Tomado de la Exposición de Motivos de la Ley número 1173 de voluntad anticipada para el Estado de Guerrero. Exposición de motivos. Pág. 4. México.

[89] Gaceta del Congreso n. 18 de 2011, Ponencia para Primer Debate en el Senado de la República, p. 1, folio 321.

[90] Contenidos en el Decálogo de los Derechos de los Pacientes, Resolución 13437 de 1991 de Ministerio de Salud; y en la Resolución 4343 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se Unifica la regulación respecto de los lineamientos de la carta de derechos y deberes del afiliado y del paciente en el sistema general de seguridad social en salud y de la carta de desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado y se dictan otras disposiciones.

[91] En el mismo sentido, Ponencia para primer debate en el Senado de la República en Gaceta del Congreso n. 18 de 2011, p. 1 -folio 321-; e Informe sobre las Objeciones Gubernamentales, folio 11.