

Sentencia T-423/17

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

Esta Corporación ha conocido numerosos casos en los que durante el proceso de amparo se presentan circunstancias que permiten inferir o acreditar que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: (i) se materializó el daño alegado; (ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o (iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo. La Corte ha concluido que estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico de la tutela, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío, fenómeno que ha sido denominado como “carencia actual de objeto”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o de daño consumado.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

Se está ante un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan el derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, en tanto el derecho ya no se encuentra en riesgo.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

El daño consumado se presenta cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho; en otras palabras, cuando la amenaza o la transgresión del derecho fundamental ya ha generado el perjuicio que se pretendía evitar con el mecanismo preferente de la tutela.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

DERECHO FUNDAMENTAL A MORIR DIGNAMENTE-Evolución jurisprudencial

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos esenciales

(i) Disponibilidad, en virtud del cual el Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente; (ii) aceptabilidad, según el cual los diferentes agentes del sistema deben ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas; (iii) accesibilidad, que indica que los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural, y comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; y (iv) calidad e idoneidad profesional, que supone que los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Vulneración al imponer barreras administrativas y burocráticas

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Barreras administrativas a las que fue sometida la agenciada para acceder a procedimiento de eutanasia, la afectaron gravemente a ella y a su núcleo familiar

Referencia: Expediente T-6.061.533

Acción de tutela instaurada por Adriana como agente oficiosa de su hija Sofía, contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA-, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS.

Magistrado Ponente (e.)

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Cristina Pardo Schlesinger e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.), quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, en la acción de tutela instaurada por Adriana como agente oficiosa de su hija Sofía, contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA-, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS.

I. I. ANTECEDENTES

Con el fin de proteger el derecho fundamental a la intimidad y a la confidencialidad de la agenciada y de su familia, la Sala ha decidido reemplazar las referencias a su identificación en el presente proceso. En consecuencia, para todos los efectos de la presente sentencia, el nombre de la accionante será reemplazado por el de Adriana, el de la agenciada por el de Sofía, y el de su médico tratante particular por el de Luis.

El 20 de octubre de 2016 la señora Adriana, actuando por intermedio de apoderado judicial y como agente oficiosa de su hija Sofía, instaura acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA-, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS, al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de la agenciada. Para sustentar su demanda relató el siguiente acontecer fáctico:

1. 1. Hechos

1. %1.1. Manifiesta que Sofía, de 24 años de edad, se encuentra afiliada a la Nueva EPS del régimen contributivo en calidad de cotizante y que su red de servicios médicos es la ESE Hospital San Vicente de Arauca.

1.2. Indica que en el mes de febrero de 2016 los galenos de ese Hospital le detectaron un “tumor neuroectodérmico primitivo”, por lo que fue remitida al Hospital San Ignacio de Bogotá, donde fue diagnosticada con un cáncer agresivo en etapa terminal.

1.3. Sostiene que ante la gravedad de la enfermedad de su hija decidió llevarla a Estados Unidos, donde no recibió ninguna esperanza de recuperación y, por el contrario, se le informó que la probabilidad de vida de la joven era de seis meses.

1.4. Refiere que entre los meses de marzo y julio de 2016 le fueron realizadas seis sesiones de quimioterapia en el Hospital San Ignacio de Bogotá sin obtener resultados positivos. Incluso, agrega, desde el mismo momento del diagnóstico la enfermedad ha sido agresiva y progresiva, ya que hizo metástasis al punto de tener más de diez tumores en todo su cuerpo.

1.5. Aduce que para el mes de agosto de 2016 su hija decidió no continuar con el tratamiento, “puesto que no se veía recuperación y además le causaba intensa astenia, adinamia, cefalea, náuseas y vómito”, efectos secundarios que le impedían desarrollar sus actividades cotidianas sin ayuda de terceros. Por lo anterior, fue llevada a su casa donde ha sido atendida por el Doctor Luis, médico internista del Hospital San Vicente de Arauca.

1.6. Agrega que en varias oportunidades Sofía ha sido remitida a tal ESE para que le sea suministrada morfina debido a los fuertes dolores que se tornan insoportables; asimismo, que

ha bajado de peso considerablemente lo que ha deteriorado su estado funcional y su calidad de vida.

1.7. Señala que en varias oportunidades la joven le solicitó al médico internista que le practicara la eutanasia, a lo cual el galeno le manifestó verbalmente que no realizaría dicho procedimiento.

1.8. Arguye que el 3 de octubre de 2016 Sofía y su madre presentaron una solicitud por escrito al Gerente del Hospital San Vicente de Arauca para que se autorizara el mencionado procedimiento, recibiendo como respuesta que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social la entidad no estaba en la obligación de llevarlo a cabo, por cuanto no cuenta con un médico especialista en oncología que permita conformar un Comité Científico Interdisciplinario.

1.9. Comenta que para la fecha de la presentación de la tutela habían transcurrido más de ocho días sin que el Hospital San Vicente de Arauca informara de la situación a la Nueva EPS, y así esa entidad prestara el servicio requerido.

1.10. Con sustento en lo anterior, solicita que se conceda la protección de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente a favor de su hija y que se ordene: (i) a la ESE Hospital San Vicente de Arauca, a la Nueva EPS o a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca practicar el procedimiento de eutanasia; (ii) a la ESE Hospital San Vicente de Arauca y a la Nueva EPS crear el Comité Científico Interdisciplinario en un término no superior a un mes; y (iii) a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca realizar el acompañamiento y seguimiento de la ejecución del procedimiento solicitado, así mismo crear las guías y protocolos para que los hospitales del Departamento de Arauca implementen los Comités Científicos Interdisciplinarios y se evite a futuro la vulneración de los derechos fundamentales de los pacientes con enfermedades crónicas en etapa terminal.

1. Trámite procesal

1.1. Auto admisorio de la demanda

Mediante Auto del 20 de octubre de 2016 el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca admitió la acción de tutela.

En ese proveído se vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social y se ordenó notificar al Ministerio Público, así como a las demás entidades accionadas, para que se pronunciaran sobre lo expuesto en la demanda. De igual forma, ordenó al Hospital San Vicente de Arauca, a la Nueva EPS y a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca que allegaran la copia íntegra de la historia clínica de Sofía. Por último, citó al Doctor Luis, médico internista del Hospital San Vicente de Arauca, para que rindiera una declaración sobre los hechos planteados en la demanda, con el fin de constatar y tener claridad sobre el estado de salud actual de la paciente.

1.2. Declaración del médico internista Luis

En diligencia celebrada el 21 de octubre de 2016 el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca recibió la declaración del médico internista Luis, quien manifestó lo siguiente:

De manera preliminar, refirió que trabaja en el Hospital San Vicente de Arauca desde hace 13

años y que se encuentra a cargo del servicio de medicina interna.

Sobre el caso objeto de estudio indicó, en primer lugar, que Sofía es una paciente de 24 años de edad con un diagnóstico de cáncer maligno ectodérmico metastásico, catalogado como una enfermedad de origen embrionario.

Sostuvo que conocía a la joven desde hacía dos meses, momento a partir del cual le brindó el servicio médico a domicilio y de manera particular, por lo que no tiene una constancia de la historia clínica. Explicó que la paciente fue revisada por oncología y recibió manejo por quimioterapia y radioterapia, pero hubo resistencia al tratamiento, razón por la cual en ese momento estaba siendo tratada solamente con cuidados paliativos en la última escala que corresponde al suministro de opioides para el manejo del dolor. Agregó que ese soporte estaba dirigido a mejorar la calidad de vida de la paciente y aclaró que no era un tratamiento curativo.

En cuanto al tipo de dolor generado por la enfermedad, el médico señaló que este era de carácter abdominal y lumbar. Según mencionó, fue manejado inicialmente con morfina, pero la paciente mostraba resistencia a ese tratamiento, por lo que se cambió el medicamento a un opioide llamado “hidromorfona”. Este último, a su juicio, le permite tener una calidad de vida llevadera.

Por otro lado, adujo que el pronóstico de vida de Sofía fue inicialmente de un año, término que se cumplió en el mes de noviembre de 2016. Aunque aclaró que era difícil predecir el momento del fallecimiento, este podría darse aproximadamente en los dos o tres meses siguientes. De igual modo, manifestó que el deceso de la joven era inminente, dado que el tumor que padece es resistente a la quimioterapia y a la radioterapia. La única opción sería retirarlo del cuerpo; sin embargo, explicó que en este caso era imposible extraerlo por el lugar en el que se encontraba ubicado. Consideró que someterla a otro tratamiento “sería

martirizarla”.

Acto seguido, el médico refirió que era necesario hacer manejo del estado depresivo de la paciente. Agregó que las capacidades mentales de la paciente estaban intactas y que ella estaba alerta. En cuanto a las capacidades físicas sostuvo que la joven camina, se sienta y va al baño, actividades que realiza de manera limitada pero valiéndose de sí misma. De igual forma, constató que es consciente de su pronóstico de vida, y que está enterada de su enfermedad y de las consecuencias de la misma.

Indicó que en Arauca no se ha hecho la primera eutanasia y que esta clase de servicios médicos debían hacerse en una institución con la capacidad para este tipo de pacientes. En este caso, afirmó, le correspondería a la Nueva EPS buscar los medios para practicarlo pero, al parecer, el Hospital San Vicente de Arauca no tiene la infraestructura para ello.

Finalmente, aseguró que a pesar de la difícil decisión que implicaba realizar este tipo de tratamientos, era necesario mirar al paciente, su sufrimiento y ponerse en su lugar y el de sus familiares. Sin embargo, indicó que le había sorprendido la decisión de la paciente porque él creía que ya estaba mejor. Según relató, no sabe si fue por un ataque de depresión o ansiedad que Sofía volvió a pedir la práctica de la eutanasia, por lo que se preguntó: “¿ella realmente quiere que le realicen ese procedimiento?”

Lo anterior, porque en algunas ocasiones manifestó que no quería recibir los medicamentos que le estaban suministrando por miedo a los efectos colaterales. Según el declarante, la paciente prefiere aguantarse el dolor antes de que le coloquen dichas medicinas, entonces, “si tiene miedo a los efectos colaterales quiere decir que no se quiere morir”. Por ello, sugirió que la paciente fuera valorada por psicología, con el fin de aclarar esa situación y que sea el

profesional quien determine si de verdad quiere ser sometida a ese procedimiento.

1.3. Declaración de la accionante Adriana

A través de Auto del 21 de octubre de 2016 el juzgado de conocimiento ordenó la comparecencia de la señora Adriana, madre de la agenciada, con el fin de que rindiera su declaración sobre los hechos de la tutela, diligencia que se llevó a cabo ese mismo día y en la cual la accionante señaló lo siguiente:

En primer lugar, informó que su hija padece “cáncer etapa 4”, por lo que cada cuatro horas se le aplican tres ampollas de hidromorfona, así como otros medicamentos. Sin embargo, estos no le hacen efecto y no se le pueden suministrar más dosis porque le podría dar un infarto.

Indicó que “de la mitad del cuerpo para arriba es esqueleto y del cuerpo para abajo está hinchada”, al punto en que a “veces le da miedo que se estalle”. Además, no camina sola, no come y no duerme. Según manifestó, la calidad de vida de su hija no es justa para un ser humano. Sostuvo que la joven le ha manifestado que “ya no sabe ni qué le duele”, porque tiene masas en el hígado, en el páncreas y en el retroperitoneo.

Agregó que a pesar de la enfermedad es una persona consciente, ya que cada vez que le hacen un procedimiento entra a su celular para verificar qué le están haciendo, por qué y qué consecuencias trae. Al respecto, comentó que se le colocó un catéter epidural que su cuerpo no resistió, por lo que buscó en internet a qué se debía ello para así refutar al anesthesiólogo lo que estaba pasando con su organismo. Informó que investigaba y averiguaba constantemente sobre su enfermedad.

Por otro lado, adujo que la patología fue diagnosticada el 9 de febrero de 2016, por lo que se dirigieron al Hospital San Ignacio de la ciudad de Bogotá donde le hicieron varios ciclos de quimioterapia, pero estos le causaron afectaciones en el corazón; además, los médicos le informaron que se hiciera a la idea que “no había vuelta atrás”, que la enfermedad era demasiado grave y se encontraba en estado avanzado. En virtud de lo anterior, indicó que llevó a su hija a Estados Unidos donde también les dijeron que “no había nada que hacer”. Arguyó que, incluso, se fueron a Leticia para recibir unos tratamientos con indígenas, pero que estos tampoco funcionaron.

Refirió que luego de ello la joven habló con los oncólogos quienes le informaron que su tratamiento era paliativo, que no le iba a mejorar o disminuir su estado, razón por la cual tomó la decisión de no hacer más quimioterapias, ya que las seis sesiones que se había realizado la “destruyeron totalmente, no podía caminar”.

Acto seguido, la señora Adriana mencionó que desde la tercera o cuarta quimioterapia su hija le manifestó que su cuerpo no iba a aguantar el tratamiento y le dijo que “le prometiera que cuando se quisiera ir la iba a ayudar en el proceso, porque no quería sufrir más”. Según comentó, un día estaba en el baño llorando y diciéndole “mire como estoy, ayúdeme a irme, no sea egoísta conmigo”.

Señaló que la joven le mencionó a su tía, al esposo de esta, al médico internista y a ella su intención de someterse al procedimiento de eutanasia. También aclaró que ella manifestó su consentimiento directamente y por cuenta propia, y que tenía pleno conocimiento de su enfermedad y de sus consecuencias.

Por último, en cuanto al trámite realizado, sostuvo que cuando fueron al Hospital San Vicente

de Arauca le dijeron que la responsable de garantizar el procedimiento era la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA-. Luego le indicaron que el Hospital no contaba con la unidad de oncología para realizar el procedimiento. Afirmó que la Nueva EPS la estuvo llamando pero que “les ha colgado porque la da rabia”, ya que esas entidades deben estar pendientes de los pacientes cuando tienen ciertas enfermedades y no aparecer en último momento cuando se presentan esa clase de solicitudes. Además, indicó que esa entidad le informó que tenía que ir a Bucaramanga para el procedimiento, pero su hija no está en las condiciones de subirse en un avión por su estado de salud.

2. Contestación de las entidades accionadas

2.1. Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA-

En escrito allegado el 24 de octubre de 2016 el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca señaló que la competencia para autorizar y garantizar la atención en salud corresponde a la EPS donde el paciente se encuentre afiliado, en este caso, la Nueva EPS. Por lo anterior, aseguró que esa entidad no era el sujeto pasivo llamado a cumplir con lo solicitado en la acción de tutela.

2.2. ESE Hospital San Vicente de Arauca

Mediante respuesta del 26 de octubre de 2016 el Director Encargado del Hospital San Vicente de Arauca indicó que de acuerdo a la historia clínica que reposa en esa entidad no se verifica que haya sido aprobada la remisión a la ciudad de Bogotá, como tampoco la aprobación para su ingreso al Hospital San Ignacio como se asevera en la demanda. Resaltó que desconoce de manera formal el diagnóstico realizado por ese hospital sobre la

enfermedad de la agenciada.

Por otro lado, aseguró que a la unidad de correspondencia del Hospital San Vicente de Arauca llegó una petición suscrita por la accionante a través de la cual solicitaba la práctica del proceso de eutanasia para su hija Sofía. Aclaró que desde el mismo momento en que recibió la solicitud, esto es, el 3 de octubre de 2016, mantuvo comunicación con la madre de la joven y que el 6 de octubre siguiente le manifestó el impedimento técnico, asistencial y jurídico de la institución para proceder de conformidad con la petición.

Acto seguido, señaló que la accionante debió solicitar el procedimiento de eutanasia al médico tratante. No obstante, sostuvo, producto de la gestión por ellos realizada, el 20 de octubre de 2016 la Nueva EPS le informó al Hospital que en la ciudad de Bucaramanga se encontraban habilitados los servicios que permiten la aplicación del protocolo, pero que no había sido posible comunicarse con la señora Adriana.

2.3. Nueva EPS

A través de la contestación allegada el 27 de octubre de 2016, la Gerente Zonal del Norte de Santander de la Nueva EPS manifestó que en ningún momento se le ha negado la prestación del servicio de salud a la paciente. Por otro lado, informó que esa entidad no tiene la custodia de la historia clínica solicitada por el juzgado de conocimiento, ya que esa información reposa únicamente en los archivos de la IPS donde es atendida. Con sustento en lo anterior, solicitó que se declarara improcedente el amparo invocado.

2.4. Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca

En escrito radicado el 28 de octubre de 2016 el Procurador 64 Judicial I Administrativo de Arauca rindió su concepto sobre el asunto de la referencia.

Estimó que en el proceso estaba debidamente acreditado que la Nueva EPS es la entidad que cuenta con los recursos para prestar el servicio solicitado. Aclaró que el juez constitucional no es el llamado a ordenar de manera directa la práctica de un procedimiento médico cuando el mismo requiere del concepto de un especialista.

Sobre este punto, señaló que “quien tiene bajo su cuidado a la señorita [Sofía] es un médico internista particular, quien al declarar expone sus dudas respecto a la decisión adoptada por su paciente, afirmación que no se puede descartar de plano, más aún cuando el acompañamiento médico debe ser imparcial y el doctor [Luis] manifestó de manera directa que le unía un vínculo de afecto con su paciente”. Bajo ese entendido, indicó que era necesario que la paciente fuera valorada por el especialista de la entidad, el cual debía emitir un concepto imparcial.

Hizo énfasis en la importancia de que la Nueva EPS agilizara los trámites para adoptar una decisión definitiva en este caso, por lo que consideró pertinente exhortar a esa entidad para que le diera prioridad a la solicitud y se brindara mayor colaboración a las peticionarias con el fin de que recibieran la información adecuada.

Por último, indicó que era preciso excluir del trámite de la tutela al Hospital de San Vicente de Arauca, dado que esa institución no cuenta con el servicio de oncología. A su juicio, no es procedente obligar al hospital a conformar un comité interinstitucional cuando su capacidad no se lo permite, o al menos no para casos en lo que se requiera un manejo oncológico.

Con sustento en lo anterior, sugirió que en esta oportunidad no debían ampararse los derechos invocados, al establecerse que la accionante puede acceder libremente al servicio

que le brinda la Nueva EPS.

3. Sentencia de tutela objeto de revisión.

Mediante providencia del 3 de noviembre de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca concedió el amparo invocado.

De manera preliminar, hizo referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el derecho a morir dignamente. Citó las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014 en las que la Corte fijó los parámetros que deben ser verificados en cada caso concreto para determinar la viabilidad del procedimiento de eutanasia. Con sustento en ello, determinó que en este asunto se acreditaron los requisitos establecidos por este Tribunal para la realización de dicho procedimiento.

Por un lado, encontró que se cumplió con el requisito de padecer una enfermedad terminal e intensos dolores. Sobre el particular, mencionó que según la historia clínica de la paciente esta padece de “tumor neuroectodermico primitivo metástasis hepáticas importante compromiso mesentérico peritoneal y retroperitoneal (cáncer)”. De igual forma, hizo referencia a la declaración del médico internista Luis, en virtud de la cual la patología de la paciente se encuentra en fase terminal y el único manejo médico que podía brindarse era el de cuidados paliativos.

Por el otro, advirtió que se acreditaba el requisito de haberse manifestado el consentimiento libre, informado e inequívoco para la práctica de la eutanasia. En primer lugar, porque de acuerdo a la declaración rendida por el Doctor Luis este adujo que en una ocasión Sofía le solicitó que le realizara el procedimiento. En segundo lugar, porque en el oficio remitido por

el Hospital San Vicente de Arauca a la Nueva EPS se hace referencia a la solicitud que Sofía y su madre de aplicar la eutanasia por ser una paciente terminal de cáncer, enfermedad que le causa un sufrimiento insoportable físico y psicológico.

De igual modo, el fallador halló acreditado con las declaraciones del médico y de la madre de la paciente que las funciones mentales de esta última están intactas, es decir, que se encuentra lúcida y plenamente consciente de su enfermedad. En el mismo sentido, determinó que el consentimiento fue libre, ya que fue solicitado directamente por la paciente sustentada en su condición de vida y en los dolores que padece. Además, consideró que el consentimiento fue informado e inequívoco, pues tiene conocimiento pleno de su padecimiento, del inminente deceso y de que el único tratamiento médico viable es el de cuidados paliativos.

En virtud de lo expuesto, el juzgado concluyó que Sofía tenía derecho a que se le garantizara el derecho a morir dignamente y, por lo tanto, a que se le realizara el procedimiento de eutanasia. Al respecto, aclaró que no era posible afirmar categóricamente que la Nueva EPS hubiera vulnerado el derecho a morir dignamente de la agenciada; sin embargo, las gestiones que esa entidad había realizado no resultaban eficaces teniendo en cuenta el estado de salud de la paciente, en tanto no se acreditó que hubiera coordinado con el Hospital San Vicente de Arauca la obtención de la historia clínica de la paciente y con ello continuar el procedimiento.

Con sustento en lo anterior, amparó el derecho fundamental invocado y ordenó a la Nueva EPS (i) designar un centro hospitalario que cuente con los servicios indicados por el artículo 5° de la Resolución 1216 de 2015 para realizar el procedimiento solicitado; (ii) coordinar lo pertinente con el Dr. Luis, el Hospital San Vicente de Arauca, el Hospital San Ignacio de Bogotá, Sofía y su madre Adriana para obtener la historia clínica de la paciente y ponerla a disposición del Comité Interdisciplinario de la IPS que se designe; (iii) convocado el Comité, dar cumplimiento al procedimiento establecido en la Resolución 1216 de 2015 y a los

presupuestos establecidos en la sentencia T-970 de 2014; (iv) en caso de determinarse que a la paciente se le practicará la eutanasia, deberá ser trasladada al centro hospitalario donde funciona el Comité para que le sea aplicada, precisando que los gastos de desplazamiento correrán por cuenta de la Nueva EPS; (v) en caso de que no sea aconsejable el desplazamiento de Sofía, la EPS dispondrá lo necesario para que el médico que designe el Comité sea trasladado a Arauca para realizar el procedimiento; (vi) garantizar el acompañamiento de manera constante y durante todas las fases para la paciente y su familia, en ayuda psicológica, médica y social; y (vii) la entidad no podrá excederse de los términos fijados en la Resolución 1216 de 2015 para la realización del procedimiento.

4. Pruebas

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela la Sala destaca las siguientes:

* Copia de la historia clínica de Sofía expedida por el Hospital Universitario San Ignacio de Bogotá. (Cuaderno principal, folios 14 a 25).

- Copia de la historia clínica de Sofía expedida por el Hospital San Vicente de Arauca. (Cuaderno principal, folios 48 a 53).

- Certificación expedida el 7 de octubre de 2016 por la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en la cual se constatan los servicios habilitados en el Hospital San Vicente de Arauca, dentro de los que no se encuentra la hospitalización por oncología de alta y mediana complejidad. (Cuaderno principal, folios 54 a 59).

- Comunicación mediante la cual el Hospital San Vicente de Arauca pone en conocimiento de la Nueva EPS la solicitud de práctica del procedimiento de eutanasia presentada por Sofía y Adriana. (Cuaderno principal, folios 60 y 61).

- Comunicación mediante la cual la Nueva EPS pone en conocimiento del Hospital San Vicente de Arauca que cuenta con la red y los mecanismos para realizar el procedimiento solicitado, pero que no ha sido posible comunicarse con la señora Adriana para poner a su disposición los recursos requeridos. (Cuaderno principal, folio 62).

- Copia de la cédula de ciudadanía de Sofía. (Cuaderno principal, folio 26).

5. Trámite en sede de revisión

El expediente de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección de Tutelas número Tres mediante Auto del 30 de marzo de 2017, notificado el 18 de abril de 2017.

5.1. Auto del 2 de junio de 2017

Mediante Auto del 2 de junio de 2017 el magistrado sustanciador decretó algunas pruebas con el fin de obtener mayor claridad y los elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión, y de esta manera lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales. Así, dispuso lo siguiente:

(ii) A la señora Adriana que informara si ya fue realizado el procedimiento de eutanasia a su hija Sofía; de ser así, cuál fue el trámite efectuado y los términos aplicados para la realización del procedimiento según los parámetros establecidos en las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014, así como en la Resolución 1216 de 2015; y si ella y su hija habían recibido el acompañamiento por parte de la Nueva EPS y demás entidades vinculadas en este asunto.

(iii) Al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que rindieran concepto sobre el asunto y, específicamente, indicaran de conformidad con las funciones que les fueron conferidas por la Constitución Política y la ley, y atendiendo los parámetros establecidos en las sentencias C-239 de 1997 y T-970 de 2014, qué medios o mecanismos tienen a su disposición para velar por el efectivo y estricto cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015; qué medidas se adoptan y cuál es el procedimiento a seguir en los casos en que las IPS no cuentan con la infraestructura para la realización del procedimiento de eutanasia, de tal forma que se garantice el plazo establecido en la Resolución 1216 de 2015 para su realización.

(iv) A la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI- que rindiera concepto sobre el asunto y, específicamente, indicara qué papel desempeña respecto del cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015; cuáles son los mecanismos para verificar el efectivo cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015; qué directrices han sido dictadas a las entidades asociadas respecto del cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015; y qué medidas se adoptan y cuál es el procedimiento a seguir en los casos en que las IPS no cuentan con la infraestructura para la realización del procedimiento de eutanasia, de tal forma que se garantice el plazo establecido en la Resolución 1216 de 2015 para su realización.

(v) A la organización Dejusticia y a la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente, que rindieran concepto sobre el asunto de la referencia y, específicamente, indicaran cuáles son los mecanismos de cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015; y cuáles son los problemas evidenciados en la práctica sobre la aplicación de la resolución y la garantía efectiva del derecho fundamental a morir dignamente de las personas que se enfrentan a esa realidad en el país.

5.2. Respuestas al Auto del 2 de junio de 2017

5.2.1. Ministerio de Salud y Protección Social

5.2.1.1. En documento allegado a esta Corporación el 12 de junio de 2017 el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social indicó que esa cartera se encuentra cumpliendo lo ordenado por la Corte en la sentencia T-970 de 2014 a través de la Resolución 1216 de 2015, en la cual se parafrasean las condiciones mínimas establecidas en esa decisión, y la forma en que los prestadores de servicios de salud y las empresas aseguradoras deben conformar los Comités.

Adujo que para la difusión de la Resolución se han desarrollado las siguientes actividades: (i) acompañamiento por parte del Ministerio en múltiples foros de discusión en universidades, clínicas y hospitales, así como en debates públicos que abordan la materia; (ii) permanente respuesta y asistencia técnica a múltiples solicitudes que llegan por correspondencia con inquietudes sobre la materia; (iii) difusión a través de la página web del contenido de la resolución y del Protocolo para la Aplicación del Procedimiento de Eutanasia en Colombia; (iv) difusión de un ABC, así como de un video que desarrolla y explica al público los contenidos y condiciones mínimas para el cumplimiento de la resolución.

Así mismo, informó que se expidió la Resolución 4006 de 2016 por medio de la cual se crea el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para controlar los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad.

5.2.1.2. Acto seguido, refirió que en los casos en que las IPS no cuenten con la infraestructura para la realización de la eutanasia, la Resolución 1216 de 2015 establece el procedimiento a seguir, esto es, que la IPS debe informar dicha situación de manera inmediata a la EPS a la cual esté afiliado el paciente, con el fin de que esta coordine todo lo necesario en aras de garantizar el derecho. Sin embargo, aclaró que según el numeral 4 del artículo 12 de la resolución es responsabilidad de la IPS comunicarse permanentemente con la EPS, lo que quiere decir que independientemente de que aquella cuente con las condiciones propicias o no para la conformación del Comité, se debe dar aviso a la EPS sobre la situación.

De igual modo, destacó que otra alternativa para garantizar el derecho a morir dignamente es que la EPS ofrezca los servicios habilitados que permitan la aplicación del protocolo, siempre y cuando el traslado del paciente no implique una carga excesiva para este o sus familiares.

5.2.1.3. Por otro lado, el Ministerio señaló que de conformidad con el Protocolo para la Aplicación del procedimiento de Eutanasia en Colombia para definir el pronóstico de vida el médico puede hacer una predicción clínica mediante el uso de escalas, como el Índice de Pronóstico Paliativo (PPI), la Escala Paliativa Funcional (PPS), la Escala de Eastern Cooperative Oncology Group (ECOG) o la Escala Funcional de Karnofsky (KSP). Teniendo en cuenta lo anterior, consideró que en tanto habían transcurrido más de seis meses desde la interposición de la acción de tutela de la referencia, resultaba imperativo contar con la valoración médica para que, de acuerdo con las escalas de funcionalidad mencionadas, se determinara de manera objetiva la condición de enferma terminal de la agenciada.

5.2.1.4. Finalmente, puso de presente que no era claro si la paciente había ingresado o no al Hospital San Ignacio de Bogotá por lo que se requería la historia clínica que permitiera identificar la real condición de la paciente, y las alternativas terapéuticas y de cuidados paliativos que se le han brindado.

5.2.2. Superintendencia Nacional de Salud

5.2.2.1. En escrito allegado a la Corte el 9 de junio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud solicitó ser desvinculada de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela, dado que la vulneración alegada no proviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad.

Sostuvo que las EPS, como aseguradoras en salud, son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio, y están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión de la no prestación o la prestación indebida de los servicios de salud. Aclaró igualmente que la Superintendencia Nacional de Salud es un organismo de carácter técnico que como máximo órgano de inspección, vigilancia y control del sistema de seguridad social en salud, debe propugnar porque los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley.

No obstante, hizo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y señaló que la Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana, a través de la Dirección de Atención al Usuario, informó el trámite dado a dos casos similares que se han presentado sobre trámites de eutanasia y que tienen como base el incumplimiento de lo establecido en la Resolución 1216 de 2015, así: (i) requerimiento a la EPS Sura, a la IPS Sura Salud en Casa y al Hospital General de Medellín, así como información al peticionario sobre las gestiones realizadas; (ii) requerimiento a la EPS Famisanar. Indicó

que en esos casos, se advirtió a las EPS que el incumplimiento de las órdenes impartidas por la Superintendencia daría lugar a las sanciones previstas en el artículo 130, numerales 7 y 12 de la Ley 1438 de 2011.

5.2.2.2. Señaló que la Superintendencia se encarga de verificar el cumplimiento por parte de la EPS de lo reglamentado en la Resolución 1216 de 2015, principalmente, que cuenten con la red de prestadores, y que las IPS tengan habilitados los servicios y el personal idóneo según lo reglamentado en esa resolución. Finalmente, resaltó que la entidad encargada de formular las políticas en materia de salud y protección social en Colombia es el Ministerio de Salud y Protección Social.

5.2.3. Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales

Mediante escrito allegado el 16 de junio de 2017, la Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales hizo referencia, en primer lugar, a los mecanismos con los que cuenta para el seguimiento al cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015. Al respecto, señaló que esa resolución no le otorga ninguna competencia específica a esa entidad en el marco del procedimiento diseñado para cumplir con la obligación de garantizar el derecho a morir dignamente, por lo que el trámite para el acompañamiento y seguimiento de esos casos se da en virtud de la obligación general de promoción y divulgación de derechos humanos, asignada por la Constitución y la ley.

Bajo ese entendido, recordó que para la garantía y desarrollo del derecho a la salud, la Defensoría cuenta con una Delegada para la Salud, la Seguridad Social y la Discapacidad, que tiene a su cargo funciones como: (i) adelantar investigaciones de campo; (ii) elaborar informes evaluativos; (iii) proyectar resoluciones defensoriales; (iv) asesorar y capacitar a las dependencias de la Defensoría que tengan a su cargo asuntos relacionados con la salud y la seguridad social; y (v) diseñar y ejecutar proyectos de promoción y divulgación sobre los derechos a la salud y la seguridad social. Sin embargo, aclaró que las Defensorías Delegadas,

por regla general, no cuentan con funcionarios en los territorios, por lo cual no atienden público directamente y solo de forma excepcional hacen acompañamiento a casos concretos.

Sostuvo que la entidad cuenta con la Dirección Nacional para la Atención y Trámite de Quejas que se encarga de dirigir las acciones relacionadas con el proceso de atención y trámite de peticiones. Explicó que en el nivel regional de la Defensoría se desarrollan estas funciones bajo las directrices establecidas por el nivel central. Por lo tanto, indicó, el seguimiento de las acciones orientadas a la garantía del derecho a la muerte digna, por regla general, se debe adelantar bajo las directrices impartidas por la Defensoría Delegada para la Salud, la Seguridad Social y la Discapacidad y la Dirección Nacional para la Atención y Trámite de Quejas, en coordinación con las acciones puntuales de las Defensorías Regionales.

Por otro lado, informó que según lo señalado por la Dirección Nacional para la Atención y Trámite de Quejas, no existen en el sistema de información de la entidad criterios que permitan identificar los casos en los que la asesoría, solicitud o queja se relacione con la garantía del derecho a la muerte digna, y que los funcionarios no han recibido instrucciones sobre cómo introducir esta información en el sistema. Sin embargo, adujo que se está realizando una actualización de las herramientas para la inclusión de ese derecho con el fin de poder hacer un seguimiento a ese tipo de casos.

Concluyó entonces que los mecanismos con los que cuenta la entidad para el seguimiento de la Resolución 1216 de 2015 son: (i) los lineamientos para el acompañamiento establecidos de forma articulada por la Dirección Nacional para la Atención y Trámite de Quejas y la Defensoría Delegada para la Salud, la Seguridad Social y la Discapacidad; (ii) el procedimiento de atención y trámite vigente; (iii) la capacidad de las defensorías regionales para la gestión de los casos; y (iv) el proceso de actualización del sistema de información. Finalmente, indicó que en la actualidad no existe alguna medida relacionada con el procedimiento en los casos en que las IPS no cuentan con la infraestructura para la realización de la eutanasia.

5.2.4. Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales

5.2.4.1. En respuesta allegada el 12 de junio de 2017 la Procuradora Delegada para Asuntos Civiles y Laborales (e.) informó que mediante Resolución 45 del 23 de febrero de 2017 se creó la Procuraduría Delegada para la Salud, Protección Social y Trabajo Decente, que tiene como fin, entre otros, garantizar la defensa y acceso del derecho fundamental a la salud.

Explicó que en ejercicio de la función de intervención esa Delegada puede realizar, tanto a petición de parte como de oficio, un seguimiento a los actores del sistema de salud, en este caso, a la Nueva EPS, para que informe sobre el resultado del procedimiento de eutanasia solicitado.

5.2.4.2. Mencionó que de conformidad con el artículo 5 de la Resolución 1216 de 2015 cuando una IPS no cuente con la infraestructura para crear los Comités Interdisciplinarios, deberá informar de manera inmediata a la EPS para que sea esta la que coordine lo necesario para la realización del procedimiento solicitado. A su juicio, lo anterior exige una perfecta sintonía entre la IPS, el solicitante y la EPS a fin de garantizar de manera efectiva el derecho a morir dignamente.

5.2.5. Fundación pro derecho a morir dignamente

5.2.5.1. Mediante escrito allegado el 9 de junio de 2017, la Directora Ejecutiva de la Fundación pro derecho a morir dignamente atendió el requerimiento hecho por esta Corporación.

5.2.5.2. Por un lado, manifestó que en este caso se agotaron todas las posibilidades terapéuticas, ya que la paciente acudió a seis sesiones de quimioterapia sin obtener resultados positivos. Indicó que Sofía decidió rechazar el tratamiento debido a la inexistencia de posibilidades de recuperación y a los efectos secundarios que limitaban su actividad diaria, decisión que se encuentra especialmente protegida por la Resolución 1216 de 2015.

Mencionó que la solicitud de realización del procedimiento de eutanasia fue presentada al médico tratante Luis, quien señaló que no realizaría dicho procedimiento. A juicio de la fundación, con esa conducta el profesional de la salud omitió los mandatos de protección a la vida y a la muerte digna de una persona, y “si bien no se puede exigir una conducta eutanásica a quien no esté de acuerdo con ello en protección a su vez del derecho a la objeción de conciencia, el deber del profesional debió ser la remisión de la solicitud a la ESE Hospital San Vicente de Arauca, para la implementación del Comité reglamentado a través de la Resolución 1216 de 2015”.

Refirió que la solicitud también fue presentada ante el Hospital San Vicente de Arauca, entidad que “acudiendo a una interpretación ausente del deber de protección de los derechos del enfermo terminal, se niega aduciendo que la Resolución 1216 de 2015 negó la posibilidad de conformación del Comité para el derecho a morir con dignidad”. Según la interviniente, la conformación del Comité exige la designación de un médico de la especialidad de la patología, un abogado, y un psiquiatra o psicólogo, quienes no deben estar incluidos en la planta de personal porque la norma no lo exige, razón por la cual pueden ser contratados para ese fin.

En parecer de la Fundación, con las conductas descritas “se ven vulnerados los derechos fundamentales de la persona que padecía una enfermedad grave, agresiva y progresiva, tales como: el derecho al acceso a los servicios de salud, a la vida digna y a la muerte digna,

se impusieron barreras de acceso claramente prohibidas en el sistema de salud colombiano, el derecho a la igualdad, pues los derechos independientemente de la ubicación geográfica tienen que ser garantizados a todos los ciudadanos”.

5.2.5.3. Por otro lado, en cuanto a los problemas evidenciados en la práctica sobre la aplicación de la Resolución 1216 de 2015, la Fundación expuso:

(i) El artículo 16 de la norma le exige al Comité Interdisciplinario enviar al Ministerio de Salud y Protección Social el reporte de los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento para que esa entidad realice un control exhaustivo del caso. Sin embargo, ese control se refiere a los casos que alcanzan a llegar al Comité, pero en la práctica no existen mecanismos de control previos a la conformación del mismo que es el punto en el cual se presentan las mayores vulneraciones y obstáculos a los pacientes.

(ii) Aunque el derecho a la muerte digna está reglamentado en la Resolución 1216 de 2015, la falta de regulación por parte del Congreso de la República ha permitido que las entidades pretendan escudarse en esa situación para impedir el acceso al servicio.

(iii) Los menores de edad, quienes pueden optar por la interrupción del embarazo, participar en procesos judiciales como testigos, y a quienes les ha sido reconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad en casos de intersexualidad, no pueden participar en una decisión en torno a la eutanasia. No obstante, son muchos los menores que se enfrentan a padecimientos inhumanos y enfermedades terminales.

(iv) La reglamentación de las voluntades anticipadas contenida en la Resolución 1051 de 2016 ha sido un grave obstáculo para la efectividad del derecho a la eutanasia. En el caso de pacientes neurológicos que con anterioridad a la expedición de esa normatividad expresaron su voluntad, se les están exigiendo los requisitos en ella contenidos, cuando los pacientes ya

no se encuentran en condiciones neurológicas que les permitan la decisión autónoma ni la expresión de su voluntad.

(iv) La consideración del dolor se ha limitado al dolor físico, sin tener en cuenta el dolor moral y psicológico que muchas enfermedades y circunstancias pueden llegar a generar. Siendo así, la Resolución 1216 de 2015 desconoce la posibilidad de sufrimiento de origen diferente al patológico.

(v) Se requiere de un proceso de socialización de los derechos de los pacientes a la vida digna que incluye su parte final, esto es, la muerte digna. Sobre la objeción de conciencia, consideró que existen obstáculos como: a) la interferencia de las creencias religiosas de los médicos que coartan la libertad del paciente, les generan sentimientos de culpa y no respetan su voluntad libre, informada y autónoma; b) el incumplimiento de los médicos del deber de informar los derechos al final de la vida, incluida la posibilidad de acudir a cuidados paliativos y ofrecerlos al paciente; c) se plantean supuestas objeciones de conciencia institucional que no se sustentan en la objeción por parte del profesional de la salud; d) dificultades para definir la terminalidad en enfermos neurológicos y su capacidad para tomar decisiones; e) falta de acceso a cuidados paliativos oportunos; y f) falta de reconocimiento del derecho a la autonomía de los pacientes frente a la negativa de su familia.

5.2.6. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI-

5.2.6.1. En documento allegado el 9 junio de 2017 el Presidente Ejecutivo de ACEMI aclaró, de manera preliminar, que es una entidad gremial sin ánimo de lucro que asocia a algunas EPS del régimen contributivo, por lo que si bien representa los intereses gremiales, su gestión tiene unos límites en respeto de la autonomía que tiene cada una de las entidades en cuanto a sus asuntos internos, por lo que no imparte instrucciones o direccionamientos a las agremiadas que constituyan acuerdos que restrinjan la libre competencia.

5.2.6.2. Bajo es entendido, explicó que ACEMI no tiene a su cargo el cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015, en tanto cada EPS de acuerdo a su población, red de prestadores y distribución geográfica, es autónoma e independiente en la organización, participación y funcionamiento de los Comités a que hace referencia esa resolución. Sin embargo, indicó que dada la importancia de un asunto como el de la eutanasia y previendo las vicisitudes que se generan en la práctica, desde el gremio se ha difundido la norma entre los afiliados y se están programando capacitaciones a las entidades, en aras de suministrar herramientas e información académica que sean de utilidad.

5.2.6.3. De igual forma, indicó que desde esa agremiación no se han dictado directrices sobre el cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015, dada la autonomía de las EPS y la competencia reguladora del Estado. Refirió además que el comportamiento de las EPS no es uniforme y cada una ha definido de manera independiente su modelo de atención y los procesos que deben ser observados en cada caso.

5.2.6.4. Por otro lado, puso de presente que la implementación del procedimiento de eutanasia ha presentado muchas dudas y dificultades por parte de los diferentes actores, ya que pese a los pronunciamientos de la Corte la ausencia de una ley o norma superior que regule al detalle los aspectos básicos de la eutanasia, sumado a las objeciones de conciencia de algunos médicos e instituciones, hacen complejos trámites puntuales frente a esa clase de solicitudes. Esto, continuó, sucede en mayor medida en instituciones prestadoras que se encuentran en zonas geográficas alejadas o con poca disponibilidad de ciertos especialistas. Al respecto, estimó que la exigencia de un especialista que sea miembro del Comité para el derecho a morir dignamente genera una barrera evidente.

Con sustento en lo anterior, consideró imperioso que la futura normatividad sobre el asunto sea hecha a la medida de la realidad colombiana, teniendo en cuenta la infraestructura y

ubicación geográfica de los prestadores, y entendiendo que el país tiene fuertes creencias individuales y religiosas que pueden ser un obstáculo para la aplicación de la eutanasia.

6.2.7. Nueva EPS

6.2.7.1. Mediante respuesta remitida a esta Corporación el 28 de junio de 2017, la Nueva EPS informó que el 28 de diciembre de 2016 se realizó una reunión en la que se estableció el cumplimiento total de los protocolos de aplicación para la eutanasia, por lo que se procedió a iniciar el procedimiento a Sofía “pero estando en la gestión falleció”.

6.2.7.2. La entidad explicó que en efecto la paciente y su familia solicitaron la práctica de la eutanasia, por lo que procedió a indagar sobre el asunto teniendo en cuenta que era el primer caso que se presentaba en los ocho años que lleva funcionando como EPS. Luego de las respectivas averiguaciones, continuó, envió una comunicación a las peticionarias en las que les informó que el Departamento de Arauca no cuenta con la red de servicios habilitada para esa atención, razón por la cual el servicio solicitado podría prestarse en la ciudad de Bucaramanga.

6.2.7.3. Indicó que atendiendo la orden del fallo de tutela, el 23 de diciembre de 2016 procedió a remitir a la Gerencia Regional de la EPS en la ciudad de Bucaramanga la historia clínica de Sofía. Así mismo, el 26 de diciembre de 2016 estableció comunicación con el Director de la Clínica del Dolor y Cuidado Paliativo con el fin de contextualizar el caso de la paciente, a quien se le informó el riesgo jurídico en el que se encontraban y la imposibilidad de realizar el procedimiento en el Hospital San Vicente de Arauca. Mencionó que en esa comunicación se le solicitó al Director de la Clínica que explicara cómo era el proceso para la práctica de la eutanasia.

Refirió que en respuesta a esa comunicación emitida el mismo 26 de diciembre, el Director de la Clínica de Dolor y Cuidado Paliativo manifestó lo siguiente: “dentro de los protocolos para la realización de la eutanasia el médico tratante debe remitirlo al comité que se haya habilitado en la institución. Entiendo que en el Hospital San Vicente de Arauca no existen dichos protocolos ni el personal para su realización. Con el mayor de los gustos atenderíamos a la paciente pero lo haríamos en nuestra institución, donde contamos con los requerimientos básicos para la realización. Es de difícil desplazamiento porque el personal está disponible en FOSCAL y en FOSCAL INTERNACIONAL en sus actividades normales”.

6.2.7.4. Acto seguido, la Nueva EPS señaló que el 28 de diciembre de 2016 se realizó una reunión en la que se logró puntualizar el compromiso de las partes intervinientes para garantizar el procedimiento requerido. Sobre el particular, resalto que siempre estuvo presta a desplegar su actividad administrativa y financiera para autorizar el servicio guardando el protocolo establecido en la normatividad vigente.

Sostuvo que ese día se presentó “un suceso que apalancó la ejecución del procedimiento” y es que en voces del médico tratante Dr. Luis la eutanasia no podía garantizarse ante la duda ya que posiblemente la paciente y sus familiares no estaban preparados. Indicó que, en todo caso y ante el compromiso asumido en la reunión del 28 de diciembre, autorizó una nueva valoración psicológica domiciliaria por un profesional de la IPS de Arauca, pero el 2 de enero de 2017 la Gerencia General de la IPS MEDYTEC envió una cotización de los valores de citas por psicología e hizo hincapié en que para el área geográfica del Departamento de Arauca se presentaba una escasa oferta de profesionales.

Mencionó que el 4 de enero de 2017 generó dos autorizaciones para la prestación de los servicios de atención domiciliaria por sicología y medicina general que serían finalmente prestados a través de la IPS MEDYTEC-Arauca. Adicionó que ese mismo día se estableció comunicación con un familiar de la agenciada, quien informó que el 28 de diciembre se había realizado una valoración interdisciplinaria a la paciente y que estaba siendo atendida con

terapias psicológicas.

Posteriormente, manifestó que el 5 de enero de 2017 se logró establecer la recepción de Sofía para la práctica de la eutanasia en la Clínica FOSCAL y que el ingreso de la paciente debía realizarse por urgencias de la IPS que debía notificar la hora estimada de arribo con el fin de garantizar que el equipo de cuidados paliativos la estuviera esperando a su llegada al servicio de urgencias.

Según sus bases de datos, la usuaria fue ingresada en la IPS FOSCAL el 6 de enero de 2017 y la ubicación se realizó en zona VIP del área de observación en cubículo independiente a la espera de la asignación de una habitación individual, esto “en razón a la premura del viaje que se exigió ya que la aceptación del mismo, de parte suya, se obtuvo el 4 de enero sobre el medio día”. Resaltó que este procedimiento se logró en un término de menos de 48 horas dentro de las cuales se organizó y otorgó el traslado en avión ambulancia.

Indicó que la paciente fue valorada por el anestesiólogo pero que desafortunadamente el acompañante no llevaba consigo los documentos de historia clínica, los cuales debía poseer según las indicaciones recibidas en la visita de atención médica domiciliaria, lo que “generó la espera para su consecución y valoración, toda vez que por tratarse de información técnica, clínica, legal y privada, era fundamental para el proceso que se estaba iniciando”.

6.2.7.5. Arguyó que pese a las gestiones adelantadas para garantizar el cumplimiento del fallo, Sofía falleció el 8 de enero de 2017, consumándose así la pretensión amparada. Sobre el particular, recalcó que la Nueva EPS siempre estuvo presta a adelantar los trámites administrativos y financieros para garantizar el procedimiento solicitado que “equivocamente pretendía la familia fuera realizado de forma domiciliaria desconociendo el protocolo para la realización del mismo”.

5.2.7. Accionante Adriana

Expuso que el 19 de noviembre de 2016 el Dr. Luis, médico tratante, anotó en la historia clínica lo siguiente: “(...) Se trata de paciente con pésima calidad de vida, postrada en cama, poca interacción con el medio, limitada a su lecho, quien tiene pendiente realización de eutanasia. Por condiciones generales, limitación total y entorno familiar se recomienda realizar dicho procedimiento en la ciudad de Arauca, ya que su condición actual limita viajar a otra ciudad, y más tratándose de la eutanasia en que la paciente debe estar rodeada por su grupo familiar y amigos antes de su deceso. Teniendo en cuenta el dolor, el sufrimiento al que está expuesta no se recomienda más sufrimiento exponiendo a un traslado innecesario a otra ciudad, lejos de los seres queridos y más sabiendo que va a morir y es su deseo morir dignamente en su ciudad de residencia y al lado de los suyos”.

5.2.7.2. Comentó que durante los días siguientes la señora Adriana se comunicó en reiteradas oportunidades con los funcionarios de la Nueva EPS con el fin de persuadirlos para que se realizara el procedimiento en Arauca e indicándoles que con el pasar de los días la vida y la salud de su hija “se deterioraban, el dolor era incontrolable y la deformación del cuerpo de la paciente era deprimente tanto para ella como para su familia”. Pese a ello, la Nueva EPS no cambió su posición.

Informó que el 22 de noviembre de 2016 inició un incidente de desacato ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca. Para el mes de diciembre, los funcionarios de la Nueva EPS se excusaron por la vacancia judicial y le indicaron que ellos necesitaban que el juez les aclarara el fallo de tutela “porque no iban a trasladar todo un equipo médico desde Bucaramanga o Bogotá solo para estudiar y realizar la eutanasia, que era mucho desgaste administrativo y financiero”.

Señaló que solo hasta el 28 de diciembre de 2016 pudo sostener una reunión formal con los funcionarios de la EPS, la cual se dio gracias a la intervención de la Defensoría del Pueblo - Regional Arauca-, a la cual asistieron el Subdirector Científico del Hospital San Vicente de Arauca, la Coordinadora CRUE Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, la Defensora del Pueblo Seccional Arauca, el Gerente Regional de Salud Nororiente de la Nueva EPS, la señora Adriana y él como apoderado. De esa reunión surgieron los siguientes compromisos:

(i) El Hospital San Vicente de Arauca validaría con los anestesiólogos de la institución si estaban en disposición de llevar a cabo parte del procedimiento a la paciente con acompañamiento por telemedicina del Comité desde Bucaramanga.

(ii) La Defensoría del Pueblo, en conjunto con el abogado de la familia, se reunirían con la paciente para comentar lo expuesto en la reunión.

(iii) La Nueva EPS adelantaría la gestión con el Ministerio de Salud y Protección Social, poniendo en conocimiento el caso y solicitando orientación por la premura del tiempo y la urgencia del caso.

(iv) La Defensoría del Pueblo manifestó la necesidad del acompañamiento psicológico a la paciente y su familia, obligación que fue contraída por la Nueva EPS.

El interviniente manifestó que la Nueva EPS nunca dio cumplimiento al compromiso adquirido sobre el acompañamiento psicológico.

5.2.7.3. Por otro lado, sostuvo que después de muchos días sin dormir por el fuerte dolor y de ver que su cuerpo se deformaba como consecuencia de la inflamación de su estómago, Sofía y su familia debieron aceptar la imposición de la Nueva EPS, por lo que el 4 de enero de 2017 se comunicaron con esa entidad para efectuar el traslado a Bucaramanga. Relató que la señora Adriana le solicitó a la Nueva EPS que le dieran un trato digno a su hija, que el procedimiento no fuera demorado y que permitieran que ella y los tres hermanos de Sofía permanecieran a su lado en todo momento.

Refirió que solo hasta el 6 de enero de 2017 la Nueva EPS envió un avión ambulancia, un médico y un sicólogo, quienes hicieron presencia en su hogar para constatar el estado de salud de la paciente “pero jamás para hacer un acompañamiento médico, mucho menos psicológico”. Luego trasladaron a Sofía, a su madre y a sus hermanos a la Clínica FOSCAL de Bucaramanga, situación que “fue muy incómoda, dolorosa y traumática (...) sobra decir que se sintieron vulnerados en todos sus derechos”.

Afirmó que a la llegada a la clínica comenzaron los inconvenientes y trámites administrativos que entorpecieron la realización de la eutanasia, ya que la Nueva EPS no informó para qué procedimiento se había trasladado a la paciente y no solicitó la historia clínica, motivo por el cual el equipo médico no podía estudiar el caso. Al respecto, señaló: “lastimosamente sucedió todo lo que mi cliente y paciente le temía, en su casa tenía las comodidades de un hogar digno, acompañamiento médico y control del dolor, rodeada de su familia y con mucho amor, pero en la clínica fue abandonada en el área de urgencia, en una camilla donde solo podía estar su madre, sus hermanos en las afueras del centro asistencial porque no los dejaban entrar. Un trato indignante para cualquier ser humano en el estado tan vulnerable en que se encontraba”.

Adujo que luego de unas horas les informaron que según lo aducido por la Nueva EPS la

joven Sofía había sido remitida para manejo del dolor y que no tenían conocimiento alguno frente a la solicitud del procedimiento de eutanasia. Ante esta situación, continuó, la señora Adriana solicitó que su hija fuera atendida por un equipo médico de especialistas quienes al conocer el verdadero estado de la joven ordenaron su hospitalización en una habitación.

Comentó que el 7 de enero de 2017 el director de la clínica FOSCAL debió apersonarse del caso, por lo que a las 3:30 pm se inició el procedimiento de eutanasia, y el 8 de enero de 2017 siendo aproximadamente las 4:30 am Sofía descansó en paz. El abogado mencionó que el cuerpo fue cremado en Bucaramanga y llevadas sus cenizas a Arauca por los propios medios de la familia, “porque desde el mismo momento en que fue dejada en la clínica FOSCAL ningún funcionario de la Nueva EPS les brindó ayuda o siquiera los escuchó”. Sobre este punto, resaltó que el procedimiento se llevó a cabo precisamente como Sofía no lo quería, se materializó su derecho muchos meses después de su solicitud, luego de todas las trabas impuestas por parte la EPS, que impuso su posición dominante frente a los derechos fundamentales de la paciente.

Reiteró que “ni antes, ni durante, ni después de la eutanasia, la Nueva EPS dio acompañamiento psicológico a la familia” y reflejo de ello son las secuelas que dejó esa situación en algunos de ellos. Por ejemplo, su hermana de 16 años dejó de estudiar el grado décimo de bachillerato en el segundo semestre de 2016, al no soportar estar distante de su hermana mayor, y en la actualidad tiene problemas de alcoholismo; su hermano de 28 años ha tenido pensamientos suicidas; y toda la familia tiene secuelas de ansiedad y depresiones, así como evidencias psicológicas marcadas por la pérdida de un ser querido.

5.2.7.4. Para sustentar lo anterior, el apoderado allegó la copia simple de los siguientes documentos: (i) historias clínicas de Sofía, del Hospital San Vicente de Arauca y de la Clínica FOSCAL de Bucaramanga; (ii) acta de entrega de cenizas expedida por el Parque Memorial Tierra Santa; (iii) certificado psicológico expedido por el área de Gestión de Salud Pública – Programa de Salud Mental de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca; (iv) Auto

del 22 de noviembre de 2016 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca; (v) actas de la reunión por el caso de Sofía; y (vi) certificado de defunción antecedente para el registro civil de Sofía.

. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

En esta ocasión la Corte estudia la acción de tutela instaurada por la señora Adriana, actuando como agente oficiosa de su hija Sofía, quien señaló que esta fue diagnosticada con un cáncer en etapa terminal y, debido a que los diferentes tratamientos recibidos no fueron efectivos para curar su enfermedad y al limitado pronóstico de vida, tomó la decisión de someterse al procedimiento de eutanasia. Manifestó que el 3 de octubre de 2016 presentaron una solicitud por escrito al Gerente del Hospital San Vicente de Arauca para la realización de dicho procedimiento, recibiendo como respuesta que la entidad no contaba con un médico especialista que permitiera conformar un Comité Científico Interdisciplinario.

2.2. En vista de lo anterior, la Sala Sexta de Revisión habrá de formular los siguientes interrogantes:

(i) ¿Vulneró la Nueva EPS los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de Sofía, primero, al no garantizar de manera oportuna la realización del procedimiento de eutanasia debido a la falta de infraestructura del centro médico en el cual recibía la atención en salud; segundo, por no brindar la adecuada y oportuna ayuda psicológica a Sofía y su familia, durante y después de la práctica de dicho procedimiento; y, tercero, ante la prolongación del sufrimiento físico y psicológico debido a la imposición de trabas administrativas no atribuibles a los usuarios del sistema de salud?

(ii) ¿Vulneraron las entidades estatales los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de Sofía, por no vigilar el adecuado cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015 y no implementar las medidas necesarias para garantizar el acompañamiento y la prestación oportuna del procedimiento de eutanasia solicitado?

Para resolver el problema jurídico planteado la Corte analizará los siguientes asuntos: (i) el hecho superado y el daño consumado; (ii) la evolución del derecho fundamental a morir dignamente en Colombia; (iii) la imposición de barreras administrativas y la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas. Con sustento en ello, (iv) resolverá el caso concreto.

3. Cuestión previa: la agencia oficiosa en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia

3.1. De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a

su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Esta disposición fue reglamentada por el artículo 10 del Decreto estatutario 2591 de 1991, en virtud del cual ese mecanismo constitucional puede ser ejercido por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Esta norma establece además que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

3.2. Esta Corporación ha identificado que la acción de tutela se puede promover por cuatro vías: (i) a través de la persona que considera amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales; (ii) mediante representante legal, cuando se trate de niños niñas o adolescentes, incapaces absolutos, interdictos o personas jurídicas; (iii) por intermedio de apoderado judicial, frente a lo cual la representación se debe dar a través de un abogado o; (iv) mediante agente oficioso, cuando una persona se arroga la protección de los intereses de otra que se encuentra imposibilitada de hacerlo por sí misma.

Sobre esta última, ha establecido algunos requisitos para verificar si un ciudadano actúa en calidad de agente oficioso en aras de determinar si el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa. Al respecto, este Tribunal ha señalado que el agente debe manifestar que actúa en esa calidad y, además, que se encuentre acreditado que el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa.

Dicha manifestación, en todo caso, puede ser explícita o inferida de la demanda de tutela, “lo que quiere decir que la exigencia se cumple bien sea porque el agente afirme desempeñarse en cuanto tal o porque los hechos puestos de presente o las pruebas revelen que es a través de ese mecanismo que se quiso dirigir la acción”. En cuanto a la imposibilidad del titular de los derechos supuestamente lesionados la Corte ha sostenido que puede ser físico, mental o derivado de circunstancias socioeconómicas, de tal manera que al agenciado no le sea

razonablemente posible reclamar la protección de sus derechos. Sobre el particular, esta Corporación se ha referido en los siguientes términos:

“Tales previsiones tienen sentido por cuanto, de una parte, se trata de brindar efectiva protección a los derechos fundamentales, lejos de los formalismos y las exigencias de trámite, y puede darse el caso de alguien actualmente afectado o amenazado que, por la situación en que se encuentra, no pueda acudir directamente al juez, y por otro lado, el sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan. Se concilian los dos objetivos constitucionales mediante la posibilidad de la agencia oficiosa, siempre que se advierta al juez de manera expresa acerca de las circunstancias del caso”.

3.3. Con todo, la agencia oficiosa es una herramienta jurídica otorgada en el trámite de la acción de tutela que permite poner en funcionamiento el aparato judicial sin necesidad de que la persona directamente afectada tenga que acudir por sí misma, esto, en procura de los derechos fundamentales de la persona agenciada más allá de los formalismos o exigencias de todo trámite judicial. No obstante, en cada caso deberá evaluarse que se cumplan los requisitos que avalen esa posibilidad, esto es, la manifestación de quien actúa en esa calidad y la imposibilidad del titular de los derechos presuntamente conculcados para promover su propia defensa.

4. El hecho superado y el daño consumado. Reiteración de jurisprudencia

4.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela está dirigida a que se garanticen de manera inmediata los derechos fundamentales de quien invoca ese mecanismo constitucional, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha conocido numerosos casos en los que durante el proceso de amparo se presentan circunstancias que permiten inferir o acreditar que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: (i) se materializó el daño alegado; (ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o (iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo.

4.2. Se está ante un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan el derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, en tanto el derecho ya no se encuentra en riesgo.

Cuando ello ocurre, la Corte ha determinado que se debe adelantar el estudio del asunto con el fin de que en sede de revisión se determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita y se efectúe un pronunciamiento sobre la vulneración invocada conforme al artículo 24 del Decreto 2591 de 1991. Este análisis puede comprender: (i) observaciones sobre los hechos del caso estudiado; (ii) llamados de atención sobre la situación que originó la tutela; (iii) el reproche sobre su ocurrencia y la advertencia sobre la garantía de no repetición; y (iv) la posibilidad de adoptar las medidas de protección objetiva.

Lo anterior significa que en esta clase de supuestos se puede estimar conveniente abordar en la decisión observaciones acerca de los hechos para llamar la atención sobre los mismos o para advertir sobre la inconveniencia de su repetición, siendo perentorio además que la providencia evidencie la demostración de la reparación de derecho antes del momento del fallo, es decir, que se demuestre el hecho superado.

En este orden de ideas, esta Corporación ha señalado que cuando se presenta un hecho superado el juez de tutela debe proferir un fallo de fondo, analizando si realmente existió una amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados y determinando el alcance de los mismos. Sobre este particular, en la sentencia T-722 de 2003 precisó lo siguiente:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna”.

4.3. Por otro lado, el daño consumado se presenta cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho; en otras palabras, cuando la amenaza o la transgresión del derecho fundamental ya ha generado el perjuicio que se pretendía evitar con el mecanismo preferente de la tutela.

Teniendo en cuenta que se trata de un supuesto en el que se afectan de manera definitiva los derechos fundamentales antes de que el juez logre pronunciarse sobre los mismos, la

Corte ha establecido que en estos casos resulta imperioso efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, con el fin de establecer correctivos y prever futuras violaciones. Bajo ese entendido, “el juez constitucional no solo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas, para efectivizar la garantía de no repetición”.

4.4. De lo expuesto se infiere que, en principio, un proceso de tutela debe culminar en la expedición de las órdenes que se consideren pertinentes para remediar la acción u omisión de las autoridades públicas, siempre que se corrobore una amenaza o afectación de un derecho fundamental.

Sin embargo, tal proceder no resulta procedente en los casos en que durante el trámite de amparo las acciones u omisiones desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela (hecho superado), o cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho (daño consumado). En tales eventos es posible adelantar el estudio del asunto con el fin de que en sede de revisión se determine el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita y se efectúe un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; con el fin de establecer correctivos y prever futuras violaciones. En todo caso, el juez constitucional debe motivar y demostrar ambas circunstancias a cabalidad, esto es, lo que autoriza a declarar la carencia actual de objeto.

5. Evolución del derecho fundamental a morir dignamente en Colombia

El derecho a morir dignamente ha sido reconocido en nuestro país como un derecho fundamental y autónomo. Este reconocimiento ha sido producto de diversas discusiones jurisprudenciales; sin embargo, a pesar de ser catalogado como tal, no ha tenido una

regulación suficientemente concisa que permita determinar con claridad todos los presupuestos bajo los cuales debe ser garantizado. A continuación, se hará una explicación sobre la evolución jurisprudencial del derecho a morir dignamente, así como una referencia a la reglamentación vigente sobre el asunto.

1. %1.1. Sentencia T-493 de 1993

4.1.1. La primera decisión de esta Corporación que puede considerarse como un antecedente para posteriores pronunciamientos sobre asuntos como el que ahora conoce la Sala se encuentra plasmado en la sentencia T-493 de 1993. Si bien en ese caso la problemática no era sobre la aplicación de un procedimiento de eutanasia, sí se convirtió en un referente respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquellas personas que deciden por su propia voluntad no recibir un tratamiento médico.

En esa oportunidad, la Corte estudió el caso de una persona que fue diagnosticada con un tumor en uno de sus senos, quien en varias oportunidades les manifestó a sus hermanos que no volvería al centro médico para recibir el tratamiento necesario, decisión que, al parecer, fue tomada debido a la presión ejercida por parte de su cónyuge. La tutela fue interpuesta por una Personería Municipal en ejercicio de la agencia oficiosa y en ella se solicitaba que se le ordenara a la agenciada realizar el tratamiento médico necesario para conservar su vida la cual se encontraba en inminente peligro.

4.1.2. Esta Corporación explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es “la libertad general, que en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico”.

Sustentada en ello, la Corte determinó que la Personería y el juzgado que conoció el asunto en única instancia y que le ordenó al esposo de la agenciada disponer lo necesario para facilitar la conducción o traslado al hospital para que completara el tratamiento para el cáncer, desconocieron el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la afectada. Lo anterior, por cuanto coartaron su libertad de decidir si se sometía o no a un tratamiento médico, e interfirieron indebidamente en la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio, dentro de los límites permitidos, en lo que a su juicio era más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida.

De acuerdo a lo señalado por la Corte, la decisión de la paciente de no acudir a los servicios médicos, entre otras razones, por lo costosos que ellos resultaban, no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que “Cristo la va a aliviar”, y de que se sentía bien de salud, no vulneró ni amenazó los derechos de los demás y, por lo tanto, merecía ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

4.1.3. Este Tribunal concluyó que la tutela impetrada, en cuanto perseguía la imposición a la agenciada de un determinado patrón de conducta respecto a la enfermedad que padecía, menoscabó su potencialidad como persona, su capacidad de autodeterminación y desconoció el derecho a la intimidad personal y familiar. Con sustento en ello, revocó la decisión adoptada por el juez de instancia.

4.2. Sentencia C-239 de 1997

4.2.1. En esa providencia, la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra el artículo 326 del Código Penal, cuyo tenor disponía lo siguiente: “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en

prisión de seis meses a tres años”.

El demandante fundamentó su solicitud en que el rol principal de un Estado social y democrático de derecho es garantizar la vida de las personas, protegiéndolas en situaciones de peligro, previniendo atentados contra ellas y castigando a quienes vulneren sus derechos, función que no se cumplía con la norma demandada, en tanto dejaba al arbitrio del médico o del particular la decisión de terminar con la vida de quienes se consideran un obstáculo, una molestia o cuya salud represente un alto costo.

A juicio del actor, la disposición acusada vulneraba el derecho a la igualdad, al establecer una discriminación en contra de quien se encontraba gravemente enfermo o con mucho dolor. De igual forma, consideró que la vida era tratada por el legislador como un bien jurídico no amparable, como una cosa que en el momento en que no presente ciertas cualidades o condiciones debe desaparecer. Para el demandante, “el homicidio piadoso es un subterfugio traído de legislaciones europeas en donde la ciencia, la técnica y la formación son disímiles al medio colombiano, donde se deja morir a las personas a las puertas de los hospitales”; además, estimó que la norma olvidaba que no toda persona que tenga deficiencias en su salud tiene un deseo vehemente de acabar con su vida.

4.2.2. En aquella oportunidad, la Corte explicó, en primer lugar, que el homicidio por piedad es entendido como la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro, conocido también como el homicidio eutanásico o pietístico.

Aclaró que diferentes conductas podían adecuarse a ese tipo penal, ya que el comportamiento no es el mismo cuando el sujeto pasivo no ha manifestado su voluntad, o se opone a la materialización del hecho porque, a pesar de las condiciones físicas en que se encuentra, desea seguir viviendo hasta el final; al de aquel que realiza la conducta cuando la persona consiente el hecho y solicita que le ayuden a morir.

Acto seguido, esta Corporación recordó que el artículo 29 de la Constitución consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, por lo que se entiende que la Carta estableció un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor, es decir, que solo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. La Corte explicó además que el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual solo puede llamarse acto al hecho voluntario.

Bajo esa línea, la Corte sostuvo que para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. Lo anterior significa que la ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntaria, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto (componente subjetivo). En otras palabras, para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta.

Aclarado lo anterior, en la sentencia C-239 de 1997 este Tribunal se refirió a la piedad como consideración subjetiva del acto contenido en la norma demandada. Al respecto, explicó que la piedad “es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, [que] mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo”. Según sostuvo, quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerle fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado.

A juicio de la Corte, tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución, “pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad”.

Aunado a ello, indicó que para que se configurara esta forma de homicidio atenuado no bastaba el actuar conforme a un sentimiento de piedad, ya que era necesario que se presentaran además los elementos objetivos exigidos por el tipo penal, esto es, que el sujeto pasivo tenga intensos sufrimientos derivados de lesión corporal o enfermedad grave o incurable. Sobre el particular, adujo:

“Por lo tanto, desde esta perspectiva de análisis, la tacha de inconstitucionalidad que propone el actor, en el sentido de considerar que el artículo 326 del Código Penal desconoce el derecho a la vida de quien se encuentra en condiciones precarias de salud, porque la levedad de la sanción constituye una autorización para matar, comporta una actitud que reclama la aplicación de una pena en virtud de la sola materialidad del comportamiento, sin consideración a los aspectos subjetivos involucrados en el mismo, cuya relevancia guarda armonía con los mandatos constitucionales. El actor olvida que en un Estado Social de Derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto, y no sólo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico”.

Ahora bien, la Corte expuso, además, que el consentimiento del sujeto pasivo en algunos casos es una circunstancia de atenuación punitiva. Sin embargo, en relación con el homicidio por piedad, ninguna disposición penal hace alusión al consentimiento del sujeto pasivo del hecho, por lo que se preguntó si esa omisión significaba que dicho consentimiento no era relevante.

Para responder ese interrogante, la Corte estudió el derecho a la vida y la autonomía a la luz de la Constitución de 1991. Indicó que si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: (i) la que asume la vida como algo sagrado, según la cual independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales; y (ii) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, que admite que el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida.

En sentido de esta Corporación, esta cuestión debía ser resuelta desde una perspectiva secular y pluralista, con respeto de la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran el ordenamiento superior. Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó que la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que a él incumben, “debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral”. Para este Tribunal, “nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles”.

En esa decisión, hizo referencia a la sentencia T-493 de 1993, como hito ineludible en asuntos de esta naturaleza, en la cual se planteó que a la luz de la autonomía de la persona (el libre desarrollo de su personalidad) y el derecho a elegir, en caso de grave enfermedad, si se enfrenta la muerte o se prolonga la existencia por medio de tratamiento médico, sólo el

titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana.

La Corte explicó que la Constitución Política no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él; sin embargo, recordó que el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las personas. Sobre este punto, consideró:

“El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto”.

4.2.3. De acuerdo con lo anterior, la Corte en la sentencia C-239 de 1997 determinó que en el caso del homicidio pietístico, la actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad

terminal, pide le ayuden a morir. Dicho consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra, implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Así mismo, el sujeto activo debe ser un médico, por ser el único profesional capaz de suministrar esa información al paciente y de brindarle las condiciones para morir dignamente. En consecuencia, si los médicos ejecutan el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren.

4.2.4. Finalmente, esta Corporación hizo mención a la necesidad de que se establecieran regulaciones legales estrictas sobre la manera cómo debía prestarse el consentimiento y la ayuda a morir, para evitar que en nombre del homicidio pietístico, se eliminara a personas que querían seguir viviendo, o que no sufrían de intensos dolores producto de enfermedad terminal. Los puntos que consideró como esenciales para esa regulación fueron los siguientes: (i) verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, la enfermedad, la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; (ii) indicación clara de las personas que deben intervenir en el proceso; (iii) circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte; (iv) medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico; y (v) incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona.

4.2.5. Esta decisión de la Corte contiene elementos esenciales a partir de los cuales deben ser considerados los casos de práctica de eutanasia, como el que ahora estudia la Sala. De ellos se destaca el reconocimiento de la persona como capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones que le incumben, particularmente, cuando por las circunstancias en que se encuentra decide no continuar viviendo, en tanto no lo estima

deseable ni compatible con su propia dignidad. Para esta Corporación, constituye un trato cruel el obligar a un sujeto a subsistir en medio de padecimientos que afectan su vida en condiciones dignas. Por eso, la decisión de una persona de morir dignamente supone el deber del Estado de garantizar las condiciones para que dicha decisión corresponda al querer del sujeto, sin prolongar su existencia y aflicciones cuando no lo desea.

4.3. Sentencia T-970 de 2014

4.3.1. En esta ocasión, la Corte revisó el asunto de una ciudadana que padecía de cáncer de colon con diagnóstico de metástasis y en etapa terminal. Esta persona fue sometida a una intervención quirúrgica y a varias sesiones de quimioterapia sin recibir los resultados esperados, razón por la cual manifestó su voluntad de no recibir más tratamiento, dado que le causaba “intensa astenia, adinamia, cefalea, náuseas y vómito”. Tiempo después, un médico oncólogo dejó constancia de que el cáncer que padecía la accionante no solo se encontraba en “franca progresión”, sino que además había deteriorado su estado funcional y calidad de vida, por lo que ordenó suministrarle el “mejor cuidado de soporte por cuidados paliativos”. En varias oportunidades, la paciente le solicitó al médico especialista que le practicara el procedimiento de eutanasia, quien verbalmente le expresó que dicho pedido era un homicidio que no podía consentir.

El juzgado que conoció el asunto en única instancia resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados, dado que para la fecha no existía un marco normativo que indicara a los profesionales de la salud cómo debían actuar en estos casos. De igual forma, consideró que luego de decretadas algunas pruebas para conocer con certeza el estado de salud de la paciente, las entidades oficiadas no enviaron ningún informe, lo que impedía verificar los requisitos que la Corte estableció para la práctica de la eutanasia en la sentencia C-239 de 1997.

4.3.2. De manera preliminar, este Tribunal hizo una precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente.

En primer lugar, explicó el significado de la eutanasia y señaló que si bien las definiciones eran múltiples y no se contaba con alguna totalmente aceptada, es claro que en ese procedimiento deben concurrir los siguientes elementos: (i) el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; (ii) el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente que en todos los casos debe ser un médico; (iii) debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes. Del mismo modo, hizo referencia a una clasificación según la forma de realizarse ese procedimiento, así:

(i) Será activa o positiva (acción) cuando existe un despliegue médico para producir la muerte de una persona como suministrar directamente algún tipo de droga o realizando intervenciones en busca de causar la muerte. Es pasiva o negativa (omisión) cuando quiera que, al contrario de la activa, la muerte se produce por la omisión de tratamientos, medicamentos, terapias o alimentos. En este tipo de eutanasia, la actuación del médico es negativa pues su conducta es de “no hacer”. En otras palabras, se culmina todo tipo de actividad terapéutica para prolongar la vida de una persona que se encuentre en fase terminal.

(ii) Es directa cuando existe una provocación intencional del médico que busca la terminación de la vida del paciente. Aunque la diferencia parezca sutil con la eutanasia pasiva, la distinción está en la intencionalidad, mientras que en la primera, por ejemplo, se desconectan los aparatos médicos sin intención de causar la muerte, en la eutanasia directa el móvil es evidente. Es indirecta cuando se origina sin la intención de causar la muerte de la persona, según algunos autores, eso no es eutanasia pues precisamente uno de los elementos de esta práctica es la provocación intencional de la muerte. En todo caso, en esos eventos la muerte no es pretendida sino que puede ser originada por efectos colaterales de tratamientos médicos intensos.

(iii) En la eutanasia voluntaria el paciente logra manifestar su voluntad, mientras que la involuntaria, a pesar de poderla consentir, se realiza el procedimiento sin obtenerla. En cambio, la eutanasia no voluntaria sucede cuando no se puede averiguar la voluntad de quien muere, por la imposibilidad de expresarla. Aunque sean similares las clasificaciones, directa e indirecta se dan con ocasión de la voluntad del médico. Por el contrario, la voluntaria, involuntaria y no voluntaria se dan con base en el consentimiento del paciente.

En segundo lugar, hizo referencia al concepto de distanasia, entendida como una práctica que supone la prolongación de la vida por cualquier medio, incluso, causando efectos perversos en la salud, dignidad y vida del paciente, y que consiste en impedir innecesariamente la muerte de la persona. En contraste, explicó el término de adistanasia o antidistanasia, conocida como la omisión de medios extraordinarios o desproporcionados que mantienen con vida al paciente. Adujo que en este evento no existen terapias que ayuden al enfermo a prolongar su existencia, pero, tampoco para aliviar su excesivo dolor y sufrimiento. Algunos asimilan este concepto con el de eutanasia, pero se diferencian porque no existe una acción positiva de causar la muerte de una persona, pese a ello, es muy similar a la ya reseñada eutanasia pasiva.

Acto seguido, se refirió al concepto de suicidio asistido, evento en el cual el sujeto activo y pasivo se confunde porque la intervención del médico no es directa, ya que es el mismo enfermo quien provoca su muerte. Ese es el caso en el que galeno proporciona todos los medios necesarios para que el enfermo termine por sí mismo con su vida. A veces se tiende a asimilar la eutanasia como el suicidio asistido, pero la diferencia radica en que en la eutanasia el sujeto activo no se confunde con el pasivo y es el médico quien realiza la conducta tendiente a causar la muerte.

Siguiendo esa línea, mencionó además el término de cuidados paliativos y/o ortotanasia,

reglamentados por el Congreso mediante la Ley 1733 de 2014 y entendido como el tratamiento médico que dignifica la vida de quienes inevitablemente van a morir, pero que su voluntad no es otra a que llegue la muerte de forma natural. Es el esfuerzo terapéutico para disminuir al máximo el sufrimiento del paciente por los efectos colaterales de la enfermedad terminal y es conocido como una alternativa intermedia a la eutanasia y distanasia, porque no prolonga innecesariamente la vida, pero tampoco la termina deliberadamente ya que el paciente no lo quiere así.

4.3.3. Luego de esta precisión terminológica, la sentencia T-970 de 2014 se pronunció sobre el alcance y contenido esencial del derecho a morir dignamente. Para abordar este asunto recordó lo señalado en la sentencia C-239 de 1997 y resaltó que a pesar de la importancia de lo decidido en esa providencia, habían transcurrido más de diecisiete años sin que el Legislador hubiera expedido una ley sobre el asunto. Partiendo de ello, destacó la fundamentalidad del derecho a morir dignamente, por su relación directa con el derecho a la dignidad humana y por su principal propósito que es permitir que la vida no consista en la subsistencia vital de una persona sino que vaya mucho más allá. Al respecto, adujo:

“Lejos de ser preguntas abiertas, los interrogantes planteados muestran la estrecha relación que tiene el derecho a la muerte digna con la dignidad humana. En criterio de esta Sala, morir dignamente involucra aspectos que garantizan que luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos. Le permite alejarse de tratamientos tortuosos que en vez de causar mejoras en su salud, lo único que hacen es atentar contra la dignidad de los pacientes. Cada persona sabe qué es lo mejor para cada uno y el Estado no debe adoptar posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada cual considera indigno. (...) Algunas enfermedades son devastadoras, al punto de producir estados de indignidad que solo pueden ser sanadas con la muerte. El fin del derecho a morir dignamente, entonces, es impedir que la persona padezca una vida dolorosa, incompatible con su dignidad. Eso se da cuando los tratamientos médicos realizados no funcionan o sencillamente cuando el paciente, voluntariamente, decide no someterse más a esos procedimientos pues considera, según su propia expectativa, que es indigno la manera como está viviendo”.

En el mismo sentido, la Corte definió el derecho a morir dignamente como un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. En palabras de este Tribunal, se trata de un derecho fundamental complejo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría.

4.3.4. A pesar de este reconocimiento, la Corte llamó la atención ante la falta de regulación sobre el asunto. Por ello, realizó un estudio de derecho comparado como criterio de razonabilidad con el fin de obtener un panorama sobre cómo se han comportado distintos ordenamientos jurídicos diferentes al colombiano. Luego encontró que en algunos Estados la discusión fue pública y se despenalizó la eutanasia a través de mecanismos de democracia directa como referendos; en otros, se dio directamente a través de la vía legislativa.

Sin embargo, expuso que en la gran mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se dio a través de decisiones judiciales, donde los jueces optaron por dos vías: (i) aceptar que existe una correlación muy estrecha entre el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la autonomía personal, siendo posible que una persona decidiera autónomamente, bajo ciertas circunstancias, provocar su propia muerte; y (ii) despenalizar la eutanasia como una manera de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales; despenalización que no fue absoluta, sino que se establecieron unas condiciones sin las cuales provocar la muerte de una persona sería igualmente considerado un delito.

La Corte explicó que en la mayoría de los países, luego de este proceso de judicialización, el legislador intervino con dos propósitos principales: dotar de mayor seguridad jurídica y precisión técnica algunos conceptos y blindar legislativamente la voluntad del paciente. Lo que se buscó fue que los médicos supieran con certeza cuándo estaban cometiendo un delito, por lo que al reglamentar el procedimiento de forma más clara y precisa, los galenos tendrían la tranquilidad de no estar cometiendo una actividad ilícita y regulada.

Arguyó que el papel que jugó la reglamentación de las prácticas eutanásicas fue muy importante para garantizar la voluntad del paciente, por lo que resaltó la relevancia de la existencia de una reglamentación, ya que sin normas claras y procedimientos precisos, los médicos no sabían con exactitud cuándo están cometiendo un delito y cuándo concurriendo a la satisfacción de un derecho fundamental.

4.3.5. Con sustento en lo anterior, la Corte analizó el caso concreto, encontrando que si bien la peticionaria había fallecido en el trámite de la acción de tutela, ese hecho no era suficiente para dejar de pronunciarse sobre el fondo del asunto, especialmente porque debían fijarse algunas reglas relativas al procedimiento de eutanasia como forma de garantizar el derecho a morir dignamente y evitar que ante la ausencia de legislación aplicable, se diluyeran las garantías fundamentales de las personas que adoptan esa decisión.

Aclarado lo anterior, determinó que existió una violación a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la EPS, así como de los médicos tratantes, que negaron la práctica de la eutanasia por dos razones principales: (i) no existía una forma para verificar que sufría de un intenso dolor y ante tal indeterminación difícilmente se sabía si la manifestación de voluntad de la paciente había sido libre e informada; y (ii) el legislador no había expedido una ley estatutaria que definiera ni los procedimientos ni los criterios para realizar esta clase de eventos.

Para la Corte no existió justificación constitucionalmente válida a la negativa de la EPS de practicar la eutanasia, en tanto del caso no solo se desprendía que se cumplían todos los requisitos que eximen de responsabilidad penal a quien provoque la muerte, sino también se estructuraban las causales para que se estuviera en presencia de una obligación derivada del derecho fundamental a morir dignamente. Según adujo esta Corporación la ausencia de legislación no constituía una razón suficiente para negarse a garantizar los derechos de la

accionante, pues para la época de la negativa se encontraba vigente el precedente de la Sentencia C-239 de 1997 que determinó las reglas bajo las cuales se entendía que era posible realizar el procedimiento solicitado, los cuales, en el asunto examinado, se encontraban acreditados.

A juicio de este Tribunal, la ausencia de una regulación del derecho a morir dignamente se convertía en una barrera para su materialización, por lo que fijó algunas pautas normativas para facilitar su ejercicio, sin perjuicio de que el Congreso de la República, en desarrollo de la cláusula general de competencia en materia legislativa y tomando en cuenta las directrices trazadas en esta decisión, procediera a su regulación. Por un lado, estableció los requisitos para la viabilidad del procedimiento de eutanasia, así:

(i) Padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores. Este requisito debe verse desde dos puntos de vista: uno objetivo y el otro subjetivo. El objetivo implica que la enfermedad debe estar calificada por un especialista. No basta con que el sujeto pasivo indique, sin mediar conocimiento técnico, que padece una enfermedad terminal. En relación con este aspecto, la autonomía de la persona se restringe pues lo que se persigue es delimitar la garantía constitucional e impedir usos indebidos de la misma. El subjetivo, consiste en el dolor que cause sufrimiento intenso al paciente. Aunque se pueda establecer médicamente que una enfermedad implica mucho dolor (aspecto objetivo), limitar esa certeza a un concepto médico choca con la idea misma de autonomía y libertad de las personas. Nadie más que el propio paciente sabe que algo le causa un sufrimiento de tal gravedad que se hace incompatible con su idea de dignidad. De esta manera, será la voluntad del paciente la que determine qué tan indigno es el sufrimiento causado, aunado a los exámenes médicos.

(ii) Consentimiento libre, informado e inequívoco. El consentimiento libre implica que no existan presiones de terceros sobre su decisión. Lo determinante es que el móvil de la decisión sea la genuina voluntad del paciente de poner fin al intenso dolor que padece. Debe

ser informado, motivo por el cual los especialistas deben brindar al paciente y a su familia toda la información objetiva y necesaria, para que no se tomen decisiones apresuradas, pues de lo que se trata es de disponer de la vida misma del ser humano. Finalmente, el consentimiento tendrá que ser inequívoco, con el fin de asegurar que la decisión del paciente de provocar su muerte sea consistente y sostenida, es decir, que no sea el producto de episodios anímicos críticos o depresivos.

La Corte estableció además que con el propósito de garantizar que el consentimiento esté revestido de los anteriores atributos, era necesario garantizar los siguientes dispositivos:

(i) La creación de un Comité Científico Interdisciplinario de acompañamiento. Ordenó al Ministerio de Salud que impartiera una directriz a todos los hospitales, clínicas, IPS, EPS, y en general a los prestadores del servicio de salud, que conformaran un grupo de expertos interdisciplinarios que brindaran un acompañamiento a la familia del paciente y al paciente en ayuda psicológica, médica y social, para que la decisión no genere efectos negativos en el núcleo familiar, ni en la situación misma del paciente. Esa atención no puede ser formal ni esporádica sino que tendrá que ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento orientado a hacer efectivo el derecho. En caso de detectar alguna irregularidad, deberá suspender el procedimiento y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.

(ii) La creación de un procedimiento en el que se blindara la decisión del enfermo. Cuando se constate que la persona padece de una enfermedad terminal que le causa dolores intensos, la persona tendrá derecho a manifestar su deseo de morir. Esa voluntad será recibida por el médico quién convocará al comité científico interdisciplinario para que comience su actividad. Una vez sea expresada la intención de morir, garantizando lo inequívoco del consentimiento, el médico o el comité deberá en un plazo razonable que no podrá ser superior a diez (10) días calendario, preguntar al paciente si su intención continúa en pie. En caso de que así sea, el procedimiento será programado en el menor tiempo posible, que no

podrá ser superior a lo que el paciente indique o máximo quince (15) días después de reiterada su decisión. En cualquier momento el enfermo podrá desistir de su decisión y con ello, activar otras prácticas médicas como los cuidados paliativos.

El consentimiento puede ser previo, posterior, formal o informal. Será previo cuando antes de sufrir el suceso patológico, formal o informalmente, la persona manifiesta por cualquier medio su deseo de que le sea aplicado algún procedimiento para garantizar su derecho a morir dignamente. Por el contrario, será posterior cuando la voluntad se manifieste luego de ocurrido el suceso patológico. En el mismo sentido, la voluntad podrá ser expresada formal (por ejemplo por escrito), así como también informalmente (de manera verbal). El consentimiento también puede ser sustituto, esto es, cuando la persona que sufre de una enfermedad terminal, se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su consentimiento. En esos casos y en aras de no prolongar su sufrimiento, la familia podrá sustituir su consentimiento y se llevará a cabo el mismo procedimiento, pero el comité interdisciplinario deberá ser más estricto en el cumplimiento de los requisitos.

Por otro lado, esta Corporación fijó los criterios que debían tenerse en cuenta en la práctica de los procedimientos de eutanasia:

(i) Prevalencia de la autonomía del paciente. Los sujetos obligados deberán analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del paciente. Solo bajo situaciones objetivas e imparciales, se podrá controvertir esa manifestación de la voluntad.

(ii) Celeridad. El derecho a morir dignamente no puede suspenderse en el tiempo, pues ello implicaría imponer una carga excesiva al enfermo. Debe ser ágil, rápido y sin ritualismos excesivos que alejen al paciente del goce efectivo del derecho.

(iii) Oportunidad. Se encuentra en conexión con el anterior criterio e implica que la voluntad del sujeto pasivo sea cumplida a tiempo, sin que se prolongue excesivamente su sufrimiento al punto de causar su muerte en condiciones de dolor que, precisamente, quiso evitarse.

(iv) Imparcialidad. Los profesionales de la salud deberán ser neutrales en la aplicación de los procedimientos orientados a hacer efectivo el derecho a morir dignamente. No pueden sobreponer sus posiciones personales sean ellas de contenido ético, moral o religioso que conduzcan a negar el derecho. En caso que el médico alegue dichas convicciones, no podrá ser obligado a realizar el procedimiento, pero tendrá que reasignarse otro profesional.

Por último, exhortó al Congreso de la República para que procediera a regular el derecho fundamental a morir dignamente, tomando en consideración los presupuestos y criterios previamente establecidos.

4.3.6. De esta decisión es imperioso destacar ciertos aspectos que resultan esenciales para asuntos como el que ahora conoce la Sala. En primer lugar, es preciso resaltar la relación directa entre el derecho a morir dignamente con los derechos a la salud y a la dignidad humana, pues implica la posibilidad de la persona que atraviesa una enfermedad terminal de optar por dejar de vivir una vida con intensos dolores y sufrimientos. Para garantizar la voluntad del paciente y materializar el derecho a morir dignamente es necesario cumplir con ciertos parámetros mínimos, como: (i) la posibilidad de la persona de manifestar su deseo de morir; (ii) la conformación de un Comité para que en un término razonable sea programada la realización del procedimiento; (iii) la posibilidad del paciente de desistir de su decisión o activar otras prácticas médicas para paliar su dolor; (iv) la celeridad en la práctica de la eutanasia, de tal forma que se garantice la no prolongación del sufrimiento; (iv) el respeto por la voluntad del paciente y las condiciones en las que este desea finalizar su padecimiento (atención oportuna, acompañamiento médico y del entorno familiar, entre otros).

4.4. Resolución 1216 de 2015

4.4.1. En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T-970 de 2014 el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 1216 de 2015, en la cual fijó los parámetros generales para garantizar el derecho a morir dignamente, así como la conformación y funciones de los Comités Científico-Interdisciplinarios, entre otras disposiciones.

4.4.2. El capítulo I de ese acto administrativo trae la definición de “enfermo en fase terminal” contenida en el artículo 2º de la Ley 1733 de 2014, entendido como “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”.

Incluye, además, una disposición referente al derecho a cuidados paliativos (art. 4), en virtud de la cual las personas con enfermedades en fase terminal tienen derecho a los mismos para 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. Incluye el derecho 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.

Así mismo, establece los criterios para garantizar el derecho a morir dignamente, a saber: (i)

la autonomía del paciente; (ii) la celeridad; (iii) la oportunidad; y (iv) la imparcialidad, en los términos definidos en la sentencia T-970 de 2014. (Art. 3).

4.4.3. El capítulo II de la Resolución hace referencia a los Comités Científico-Interdisciplinarios para el derecho a morir con dignidad, así:

a. Organización: señala que las IPS que tengan habilitado el servicio de hospitalización de mediana o alta complejidad para hospitalización oncológica, o el servicio de atención domiciliaria para paciente crónico, que cuenten con los respectivos protocolos de manejo para el cuidado paliativo, conformarán al interior de cada entidad un Comité Científico Interdisciplinario. Del mismo modo, aclara que la IPS que no tenga tales servicios deberá, de forma inmediata, poner en conocimiento dicha situación a la EPS a la cual está afiliada la persona que solicite el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad, con el propósito de que coordine todo lo relacionado en aras de garantizar tal derecho (art. 5).

a. Conformación: el Comité estará conformado por (i) un médico con la especialidad de la patología que padece la persona, diferente al médico tratante; (ii) un abogado; y (iii) un psiquiatra o psicólogo clínico (art. 6). Estos profesionales serán designados por la IPS y no podrán ser objetores de conciencia del procedimiento que anticipa la muerte en un enfermo terminal, condición que se declarará en el momento de la conformación del mismo. Así mismo, deberán manifestar, en cada caso, los conflictos de intereses que puedan afectar las decisiones que deban adoptar (art. 6, parágrafo).

b. Funciones: las funciones del Comité, establecidas en el artículo 7º de la Resolución, se pueden sintetizar así:

(i) Revisar la determinación del médico tratante en cuanto a la solicitud que formule el paciente y establecer si le ofreció o está recibiendo cuidados paliativos.

(ii) Ordenar a la institución responsable del paciente, la designación, en un término máximo de 24 horas, de un médico no objetor cuando se presente objeción por parte del médico que debe practicar el procedimiento que anticipa la muerte en forma digna en un enfermo terminal.

(iii) Establecer, dentro de un plazo no superior a diez (10) días calendario a partir de su solicitud, si el paciente que solicita el procedimiento para morir con dignidad reitera su decisión de que le sea practicado.

(iv) Vigilar que el procedimiento se realice cuando la persona lo indique o, en su defecto, dentro de los quince (15) días calendario siguientes al momento en que el paciente reitere su decisión.

(v) Vigilar y ser garante de que todo el procedimiento para morir con dignidad se desarrolle respetando los términos de la sentencia T-970 de 2014 y que se garantice la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso.

(vi) Suspender el procedimiento en caso de detectar alguna irregularidad y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar.

(vii) Acompañar, de manera constante y durante las diferentes fases, al paciente y su familia

en ayuda psicológica, médica y social, para mitigar los eventuales efectos negativos.

(viii) Verificar, en el caso del consentimiento sustituto, si existe alguna circunstancia que llegue a viciar la validez y eficacia del mismo.

(ix) Remitir al Ministerio de Salud y Protección Social un documento en el cual reporte todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el Ministerio realice un control exhaustivo sobre el asunto.

(x) Velar por la reserva y confidencialidad de la información, sin perjuicio de las excepciones legales.

(xi) Informar a la EPS a la cual esté afiliado el paciente de las actuaciones que se adelanten dentro del procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad y mantenerse en contacto permanente con la misma.

c. Instalación y sesiones. Integrado el Comité este tendrá una sesión de instalación en la cual adoptará el reglamento interno y designará un secretario técnico (art. 8). Para sesionar y deliberar, el quorum deberá ser de la totalidad de sus integrantes, y las decisiones serán adoptadas, de preferencia, por consenso, pero en caso de no llegar a un acuerdo la decisión se adoptará por mayoría. Llegado el caso de no ser posible sesionar con la mayoría de los integrantes por fuerza mayor o caso fortuito, o por un conflicto de intereses, la entidad deberá designar de manera inmediata al profesional que lo reemplace (art. 10).

Adicionalmente, el Capítulo II, artículo 12, establece como una de las funciones de las IPS la de garantizar que existan médicos no objetores, de conformidad con la orden dada por el Comité, o permitir el acceso a quienes no sean objetores para la práctica del procedimiento.

4.4.4. Posteriormente, el capítulo III regula lo concerniente al procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. En primer lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 la persona mayor de edad que considere que se encuentra en las condiciones previstas en la sentencia T-970 de 2014 podrá solicitar la mencionada garantía ante su médico tratante, quien valorará la condición de enfermedad terminal. Este consentimiento debe ser expresado de manera libre, informada e inequívoca, y puede ser previo a la enfermedad terminal, cuando el paciente haya manifestado, antes de la misma, su voluntad en tal sentido (art. 15).

En segundo lugar, establecida la condición de enfermedad terminal y la capacidad del paciente, el médico tratante, con la documentación respectiva, convocará de manera inmediata al respectivo Comité, el cual dentro de los diez 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud, deberá verificar la existencia de los presupuestos contenidos en la sentencia T-970 de 2014 para adelantar el procedimiento y, si estos se cumplen, preguntará al paciente, si reitera su decisión.

En el evento de que el paciente reitere su decisión, el Comité autorizará el procedimiento y este será programado en la fecha que el paciente indique o, en su defecto, en un máximo de 15 días calendario después de reiterada su decisión. Así mismo, deberá enviar un documento al Ministerio de Salud y Protección Social reportando todos los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento a fin de que el mismo realice un control exhaustivo sobre el asunto (art. 16).

En cualquier momento del proceso el paciente o, en caso de consentimiento sustituto, quienes estén legitimados para tomar la decisión, podrán desistir de la misma y optar por otras alternativas (art. 17).

Finalmente, el artículo 18 de esa normatividad dispone que la objeción de conciencia solo es predicable de los médicos encargados de intervenir en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad y en el evento que el médico que va a practicar el procedimiento formule tal objeción, por escrito y debidamente motivada, el Comité ordenará a la IPS para que, dentro de las 24 horas siguientes a que se presente de la objeción, reasigne a otro médico que lo realice.

4.4.5. De ese modo quedó regulado el procedimiento de eutanasia en el ordenamiento jurídico. Además de la Resolución 1216 de 2015 el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 4006 de 2016 por medio de la cual creó un Comité Interno en esa entidad para controlar los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad, el cual tiene como objetivo realizar un análisis y control exhaustivo sobre los reportes remitidos por los Comités Científico Interdisciplinarios que hayan autorizado los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad.

4.4.6. Lo regulado en la Resolución 1216 de 2015 adquiere especial relevancia para el caso que ahora conoce la Sala, pues de su contenido se desprenderá el análisis del asunto y la efectividad de su aplicación. Es por ello que resulta necesario destacar ciertos aspectos de ese acto administrativo, en tanto tienen injerencia directa en la tutela de la referencia.

Así, según lo dispuesto en esa resolución, todo procedimiento de eutanasia debe garantizar la autonomía del paciente, la celeridad y la oportunidad en su realización, así como la imparcialidad de los profesionales de la salud que intervienen en el mismo. Para cumplir con tales presupuestos se debe brindar el tratamiento paliativo que amerite la enfermedad, así como contar con la infraestructura adecuada que permita llevar a cabalidad el procedimiento. De igual forma, se debe conformar un Comité que coordine todo lo necesario para llevar a cabo el proceso, y que cuente con un abogado y con médicos especialistas en la patología que padece el paciente, así como en siquiatria o psicología. Dentro de las funciones de ese Comité se encuentra la de acompañar, de manera constante y durante las diferentes

fases, al paciente y su familia en ayuda psicológica, médica y social, para mitigar los eventuales efectos negativos.

5. Imposición de barreras administrativas y vulneración de los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas. Reiteración de jurisprudencia

5.1. El artículo 49 de la Constitución Política desarrolla el derecho a la salud en los siguientes términos: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...)”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre las dos facetas del derecho fundamental a la salud: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público. Sobre la primera faceta, ha sostenido que la salud debe ser prestada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad; mientras que, respecto de la segunda, ha dicho que la salud debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 de la Carta Superior.

Sobre el particular, es necesario traer a colación lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 Estatutaria de Salud. Esta disposición establece que el derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: (i) disponibilidad, en virtud del cual el Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente; (ii) aceptabilidad, según el cual los diferentes agentes del sistema deben ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas; (iii) accesibilidad, que indica que los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural, y comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; y (iv) calidad e idoneidad profesional, que supone que los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

El mencionado artículo 6 dispone además que el derecho fundamental a la salud comporta, entre otros, los siguientes principios: (i) universalidad, según el cual los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; (ii) continuidad que indica que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, esto es, que una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas; (iii) oportunidad, que supone que la prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; y (iv) solidaridad, en virtud del cual el sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

De igual forma, es preciso hacer mención al artículo 8 de la Ley Estatutaria de Salud referente al principio de integralidad. Este mandato implica que el sistema debe brindar servicios de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud posible o al menos,

padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su salud en todas sus facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.

5.2. Uno de los principales inconvenientes evidenciados en la prestación del servicio de salud a los que se enfrentan los usuarios del sistema son las múltiples trabas administrativas y burocráticas. Estas barreras no solo atrasan la prestación efectiva del servicio, sino que aumentan el sufrimiento de los pacientes.

La jurisprudencia constitucional ha identificado algunas de las graves consecuencias que afectan a los usuarios por la imposición de las barreras administrativas, a saber:

- a) Prolongación del sufrimiento, que consiste en la angustia emocional que les produce a las personas tener que esperar demasiado tiempo para ser atendidas y recibir tratamiento;
- b) Complicaciones médicas del estado de salud, esto se debe a que la persona ha tenido que esperar mucho tiempo para recibir la atención efectiva, lo cual se refleja en el estado de salud debido a que la condición médica empeora;
- c) Daño permanente, cuando ha pasado demasiado tiempo entre el momento en que la persona acude al servicio de salud y hasta el momento en que recibe la atención efectiva, empeorando el estado de salud y por lo tanto generándole una consecuencia permanente o de largo plazo;

d) Discapacidad permanente, se da cuando el tiempo transcurrido es tal entre el momento que el paciente solicita la atención y hasta cuando la recibe, que la persona se vuelve discapacitada;

e) Muerte, esta es la peor de las consecuencias, y se puede dar cuando la falta de atención pronta y efectiva se tarda tanto que reduce las posibilidades de sobrevivir o cuando el paciente necesita de manera urgente ser atendido y por alguna circunstancia el servicio es negado.

Sobre la prolongación del sufrimiento ante la demora de una EPS en suministrar un medicamento, o practicar un tratamiento o procedimiento, la Corte ha sostenido que la extensión injustificada de una dolencia o una disfuncionalidad vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas, aun cuando no se esté ante la inminencia de muerte. Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha hecho énfasis en que la negligencia de las entidades encargadas de prestar un servicio de salud, por causa de trámites administrativos o irregularidades internas, no puede ser trasladada a los pacientes, en tanto una conducta de ese tipo genera una grave afectación de sus derechos.

La Corte ha dicho en reiteradas oportunidades que la protección constitucional del derecho a la salud no solo está dirigida a resguardar el derecho a la vida como simple existencia biológica, sino que esta debe considerarse dentro de una dimensión mucho más amplia, teniendo en cuenta los componentes de calidad de vida y condiciones de subsistencia del individuo. Es por esa razón que “la prolongación en el tiempo del dolor o permitir la intensificación del mismo, equivale a someter a una persona a un trato inhumano, cruel y degradante, contrariando de esta manera lo dispuesto en el artículo 12 de la Carta Política”; planteamiento que sin duda alguna es aplicable no solamente a los padecimientos de dolores corporales, sino análogamente a todos aquellos eventos que en razón de una enfermedad, se menoscaban la salud e integridad física o mental de la persona.

5.3. Con todo, debe decirse que el servicio de salud debe prestarse de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad. La prestación del servicio de salud en estos términos se ve limitada cuando se imponen barreras o trabas administrativas por parte de la entidad prestadora de salud, no imputables al paciente. Una de las consecuencias que ello genera es la prolongación del sufrimiento que consiste en la angustia emocional que les produce a las personas tener que esperar demasiado tiempo para ser atendidas y recibir tratamiento. Esta clase de conductas generan una grave afectación de los derechos fundamentales no solo a la salud, sino a la integridad personal y a la vida en condiciones dignas.

Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará la Sala de Revisión a evaluar el caso concreto.

6. Caso concreto.

6.1. Presentación del asunto

En la diligencia de declaración celebrada el 21 de octubre de 2016 el médico internista Luis manifestó que el deceso Sofía era inminente. Afirmó que en algunas ocasiones la paciente manifestó que no quería recibir los medicamentos que le estaban suministrando por miedo a los efectos colaterales, lo que le hacía preguntarse si ella de verdad quería someterse a ese procedimiento; por ello, sugirió que fuera valorada por sicología, con el fin de aclarar esa situación.

Ese mismo día, el juzgado recibió la declaración de la accionante, quien aclaró que su hija manifestó su consentimiento directamente y por cuenta propia, y que tenía pleno conocimiento de su enfermedad y de sus consecuencias. Sostuvo que cuando fueron al Hospital San Vicente de Arauca les dijeron que el Hospital no contaba con la unidad de oncología para realizar el procedimiento, y afirmó que su hija no estaba en las condiciones de subirse en un avión para ir a Bucaramanga por su estado de salud.

La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca señaló que la competencia para autorizar y garantizar la atención en salud corresponde a la Nueva EPS.

El Hospital San Vicente de Arauca indicó que desde el mismo momento en que recibió la solicitud de eutanasia mantuvo comunicación con la madre de la joven y le manifestó el impedimento técnico, asistencial y jurídico de la institución para proceder de conformidad con la petición. Adujo que en la ciudad de Bucaramanga se encontraban habilitados los servicios que permitían la aplicación del protocolo.

La Nueva EPS manifestó que en ningún momento se le había negado la prestación del servicio de salud a la paciente e informó que esa entidad no tenía la custodia de la historia clínica, ya que esa información reposaba únicamente en los archivos de la IPS donde era atendida.

La Procuraduría 64 Judicial I Administrativa de Arauca señaló que estaba debidamente acreditado que la Nueva EPS era la entidad que contaba con los recursos para prestar el servicio solicitado. Hizo énfasis en la importancia de que esa entidad agilizara los trámites para adoptar una decisión definitiva en el caso.

6.1.2. El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca concluyó que las gestiones que la Nueva EPS había realizado no eran eficaces por lo que amparó el derecho fundamental invocado. Encontró que se cumplió con el requisito de padecer una enfermedad terminal e intensos dolores, ante el padecimiento de un tumor en fase terminal. Advirtió que se acreditaba el requisito de haberse manifestado el consentimiento libre, informado e inequívoco para la práctica del procedimiento de eutanasia y que las funciones mentales de la paciente estaban intactas, es decir, que se encontraba lúcida y plenamente consciente de su enfermedad.

6.1.3. El asunto fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección número Tres, mediante Auto del 30 de marzo de 2017 notificado el 18 de abril siguiente. Posteriormente, en Auto del 2 de junio de 2017 esta Corporación decretó algunas pruebas de las cuales se obtuvieron las siguientes respuestas:

(i) El Ministerio de Salud y Protección Social indicó que en tanto habían transcurrido más de seis meses desde la interposición de la acción de tutela de la referencia, resultaba imperativo contar con la valoración médica para que, de acuerdo con las escalas de funcionalidad, se pudiera determinar de manera objetiva la condición de enfermo terminal de la agenciada.

(ii) La Superintendencia Nacional de Salud solicitó ser desvinculada de toda responsabilidad, dado que la vulneración alegada no proviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad. Resaltó que la entidad encargada de formular las políticas en materia de salud y protección social es el Ministerio de Salud y Protección Social.

(iii) La Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales señaló que esa resolución no le otorga ninguna competencia específica a esa entidad en el marco del procedimiento diseñado para cumplir con la obligación de garantizar el derecho a morir dignamente. Informó que no existen en el sistema de información de la entidad criterios que

permitan identificar los casos en los que la asesoría, solicitud o queja se relacione con la garantía del derecho a la muerte digna. Sin embargo, adujo que se está realizando una actualización de las herramientas para la inclusión de ese derecho con el fin de poder hacer un seguimiento a ese tipo de casos.

(iv) La Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales mencionó que de conformidad con el artículo 5 de la Resolución 1216 de 2015 cuando una IPS no cuente con la infraestructura para crear los Comités Interdisciplinarios, deberá informar de manera inmediata a la EPS para que coordine lo necesario para la realización del procedimiento solicitado. A su juicio, lo anterior exige una perfecta sintonía entre la IPS, el solicitante y la EPS a fin de garantizar de manera efectiva el derecho a morir dignamente.

(v) La Fundación pro derecho a morir dignamente manifestó que con las conductas evidenciadas en el presente asunto se vieron vulnerados los derechos fundamentales de una persona que padecía una enfermedad grave, agresiva y progresiva, imponiéndose barreras de acceso claramente prohibidas en el sistema de salud.

(vi) La Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral -ACEMI- aclaró que si bien representa los intereses gremiales de las EPS, su gestión tiene unos límites en respeto de la autonomía que tiene cada una de las entidades, por lo que no imparte instrucciones o direccionamientos a las agremiadas que constituyan acuerdos que restrinjan la libre competencia. Sin embargo, indicó que desde el gremio se ha difundido la norma entre los afiliados y se están programando capacitaciones a las entidades, en aras de suministrar herramientas e información académica que sean de utilidad.

(vii) La Nueva EPS explicó la gestión realizada por esa entidad para garantizar la prestación del servicio solicitado, para lo cual hizo referencia a las autorizaciones emitidas por medicina general, psicología, traslado a Bucaramanga, entre otros. Sin embargo, aclaró que pese a las

gestiones la paciente falleció en el curso del proceso de eutanasia.

(viii) El apoderado judicial de la accionante señaló que a Sofía le ofrecían el servicio en la ciudad de Bogotá o en Bucaramanga, solución que inicialmente no fue aceptada, dadas las implicaciones que tenía su traslado. Manifestó que posteriormente la paciente y su familia debieron aceptar la imposición de la Nueva EPS, por lo que se comunicaron con esa entidad para efectuar el traslado a la Clínica FOSCAL de Bucaramanga donde comenzaron los inconvenientes y trámites administrativos que entorpecieron la realización de la eutanasia. Sostuvo que solo hasta el 7 de enero de 2017 se inició el procedimiento de eutanasia y el 8 de enero la paciente falleció. El abogado mencionó que nunca recibieron la ayuda psicológica.

6.1.4. De conformidad con lo expuesto, el estudio de la Sala Sexta de Revisión deberá centrarse en las conductas desplegadas por la Nueva EPS que, al parecer, generaron la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a morir dignamente de Sofía, primero, al no garantizar de manera oportuna la realización del procedimiento de eutanasia debido a la falta de infraestructura del centro médico en el cual recibía la atención en salud; segundo, por no brindar la adecuada y oportuna ayuda psicológica a Sofía y su familia, durante y después de la práctica de dicho procedimiento; y, tercero, ante la prolongación del sufrimiento físico y psicológico debido a la imposición de trabas administrativas no atribuibles a los usuarios del sistema de salud.

De igual forma, la Sala deberá evaluar si el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, vulneraron esos derechos fundamentales por no vigilar el adecuado cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015 y no implementar las medidas necesarias para garantizar el acompañamiento y la prestación oportuna del procedimiento de eutanasia solicitado.

A continuación, esta Corporación expondrá su análisis sobre los diferentes aspectos que se

vieron involucrados en este asunto, alegados por la parte accionante, y evidenciados luego de la revisión del material probatorio allegado al expediente. En primer lugar, hará referencia a la agencia oficiosa y a la carencia actual de objeto por daño consumado como cuestiones previas, para luego concluir con el estudio de las circunstancias que rodearon el caso.

6.2. Sobre la agencia oficiosa en el caso concreto

De conformidad con lo reseñado en esta providencia, la agencia oficiosa es una herramienta jurídica otorgada en el trámite de la acción de tutela que permite poner en funcionamiento el aparato judicial sin necesidad de que la persona directamente afectada tenga que acudir por sí misma. Esto, en procura de los derechos fundamentales de la persona agenciada más allá de los formalismos o exigencias de todo trámite judicial. No obstante, en cada caso deberá evaluarse que se cumplan los requisitos que avalen esa posibilidad, esto es, la manifestación de quien actúa en esa calidad y la imposibilidad del titular de los derechos presuntamente conculcados para promover su propia defensa.

En esta oportunidad, la señora Adriana afirma en el escrito de tutela que actúa como agente oficiosa de su hija Sofía, con lo cual se acredita el primero de los requisitos mencionados. En cuanto a la imposibilidad de la agenciada de promover su propia defensa, encuentra la Sala que si bien la accionante no expone las razones de manera explícita, las circunstancias narradas en el escrito de tutela permiten inferir que la joven no se encuentra en la posibilidad de acudir de manera directa ante el juez constitucional, debido a la grave enfermedad que padece y que la pone en una situación de indefensión y debilidad manifiesta.

Ahora bien, es preciso señalar que en este caso la accionante actúa como agente oficiosa, pero a través de apoderado judicial. Lo anterior no afecta la legitimación en este asunto, pues aunque en principio podría inferirse que el poder puede ser otorgado directamente por Sofía sin necesidad de que actúe por medio de agente oficioso, ello no es posible dadas las

especiales circunstancias que han sido narradas, pues precisamente, es el grave estado de salud de la agenciada que le impide realizar dicho trámite notarial.

Siendo así, encuentra la Sala que en este asunto se acreditó el cumplimiento de los requisitos para actuar como agente oficioso en sede de tutela.

6.3. Sobre el daño consumado en el presente asunto

Según se expuso en acápites precedentes, durante el proceso de amparo se pueden presentar circunstancias que permiten inferir o acreditar que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron.

Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico de la tutela, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío, fenómeno que ha sido denominado como “carencia actual de objeto”, ya sea por hecho superado o por daño consumado.

El daño consumado se presenta cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho; en otras palabras, cuando la amenaza o la transgresión del derecho fundamental ya ha generado el perjuicio que se pretendía evitar con el mecanismo preferente de la tutela.

Teniendo en cuenta que se trata de un supuesto en el que se afectan de manera definitiva los derechos fundamentales, la Corte ha establecido que en estos casos resulta imperioso

efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, con el fin de establecer correctivos y prever futuras violaciones. Bajo ese entendido, “el juez constitucional no solo tiene la facultad sino el deber de pronunciarse de fondo, y exponer las razones por las cuales se produjo un perjuicio en cabeza del accionante, además de realizar las advertencias respectivas, para efectivizar la garantía de no repetición”.

6.2.2. De acuerdo a lo informado por el apoderado de la accionante, a Sofía le fue realizado el procedimiento de eutanasia el día 7 de enero de 2017 en la Clínica FOSCAL de Bucaramanga, el cual culminó al día siguiente con el fallecimiento de la joven. Esta circunstancia se corrobora con los siguientes documentos: (i) la historia clínica de Sofía allegada por el abogado en la cual se registra “paciente que fallece en horas de la madrugada (4:30) acompañada de su familia”; y (ii) con el certificado de defunción antecedente para el registro civil que constata como fecha del deceso el 8 de enero de 2017, expedida por la médica de turno.

Ahora bien, aunque es posible evidenciar que se llevó a cabo el procedimiento de eutanasia solicitado por la paciente, existieron diferentes circunstancias que rodearon el asunto y que le permiten concluir a la Corte que a pesar de la realización del mismo se generó el daño que pretendía evitarse con la acción de tutela.

Según se explicará más adelante, Sofía y su familia vieron prolongado su sufrimiento ante la imposición de diferentes trabas administrativas que al final se convirtieron en todo lo que ellos buscaron evitar al acudir al juez constitucional, esto es, la demora en la realización del procedimiento, la falta de ayuda psicológica antes y después de la práctica de la eutanasia, el abandono de su EPS y de las autoridades estatales, entre otras.

Visto esto, para la Sala es claro que en esta oportunidad se presenta una carencia actual de objeto por daño consumado, lo que hace imperioso el estudio de fondo del asunto y el

pronunciamiento sobre la transgresión de los derechos fundamentales de la agenciada.

6.4. Sobre la vulneración de los derechos a la salud y a morir dignamente

La Sala Sexta de Revisión considera que en esta oportunidad la Nueva EPS y las entidades estatales encargadas de la verificación y vigilancia del adecuado cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015 incurrieron en una grave vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de Sofía. A continuación, se expondrá el análisis del material probatorio contenido en el expediente que le permite a la Corte llegar a esa conclusión.

a. Análisis de las pruebas que obran en el expediente

De la prestación del servicio en el Hospital San Vicente de Arauca

De conformidad con lo consignado en la historia clínica expedida por la ESE Hospital San Vicente de Arauca, Sofía sufría de “cáncer metastásico con dolor abdominal lumbar en malas condiciones generales”, con pronóstico terminal y en manejo paliativo.

Según lo señalado por ese Hospital, el 3 de octubre de 2016 la accionante y su hija pidieron la realización del procedimiento de eutanasia. Una vez tuvo conocimiento de la solicitud, procedió a verificar si contaba con el servicio de hospitalización oncológica o de atención para paciente crónico. Realizado el trámite correspondiente, la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca certificó que el Hospital no contaba con los servicios mencionados.

Por lo anterior, mediante comunicación del 7 de octubre de 2016 el Hospital puso en conocimiento de esa situación a la Nueva EPS por ser la entidad a la que se encontraba afiliada la paciente, con el fin de que coordinara lo necesario para garantizar el derecho a morir dignamente de Sofía .

En respuesta del 20 de octubre de 2016, la Nueva EPS informó que efectivamente esa entidad contaba con la red y los mecanismos requeridos para garantizar el protocolo establecido para la realización de la eutanasia. En ese documento indicó, además, que no había sido posible establecer una comunicación con la señora Adriana para poner a su disposición los recursos requeridos, razón por la cual solicitó al Hospital San Vicente de Arauca informarle a la afiliada que podía acercarse a las oficinas de la entidad para iniciar el respectivo trámite.

Ese mismo día, esto es, el 20 de octubre de 2016, la señora Adriana instauró acción de tutela con el fin de que le fuera garantizado a su hija el derecho a morir dignamente. Culminado el trámite correspondiente, el juzgado que conoció en asunto concedió el amparo invocado luego de encontrar acreditados los requisitos de la Resolución 1216 de 2015 para proceder a realizar el procedimiento de eutanasia. El fallador, en providencia del 3 de noviembre de 2016, le ordenó a la Nueva EPS:

- Designar un centro hospitalario que contara con los servicios indicados por el artículo 5° de la Resolución 1216 de 2015 para realizar el procedimiento solicitado.

- Coordinar lo pertinente con el Dr. Luis, el Hospital San Vicente de Arauca, el Hospital San Ignacio de Bogotá, Sofía y su madre Adriana para obtener la historia clínica de la paciente y ponerla a disposición del Comité Interdisciplinario de la IPS que fuera designada.

- Convocado el Comité, dar cumplimiento al procedimiento establecido en la Resolución 1216 de 2015 y a los presupuestos establecidos en la sentencia T-970 de 2014.

- En caso de determinarse que a la paciente se le practicaría la eutanasia, trasladarla al centro hospitalario donde funciona el Comité para que le fuera aplicada, precisando que los gastos de desplazamiento correrían por cuenta de la Nueva EPS.

- En caso de que no fuera aconsejable el desplazamiento de Sofía, la EPS dispondría lo necesario para que el médico que designe el Comité sea trasladado a Arauca para realizar el procedimiento.

- Garantizar el acompañamiento de manera constante y durante todas las fases para la paciente y su familia, en ayuda psicológica, médica y social.

- No exceder los términos fijados en la Resolución 1216 de 2015 para la realización del procedimiento.

Ante el incumplimiento de lo ordenado por el juez de instancia, el 22 de noviembre de 2016 el apoderado de la accionante inició un incidente de desacato y mediante proveído de esa misma fecha el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca dispuso poner en conocimiento de la Gerente Zonal Nororiental de la Nueva EPS dicho incidente para que informara sobre las razones del incumplimiento del fallo de tutela. Consultado el proceso en la página de la rama judicial, se constató que mediante Auto del 16 de diciembre de 2016 el juzgado ordenó sancionar a la Gerente Zonal Nororiental de la Nueva EPS por el incumplimiento al fallo proferido el 3 de noviembre de 2016.

Debido al persistente incumplimiento por parte de la Nueva EPS se convocó una reunión con la intervención de la Defensoría del Pueblo, Seccional Arauca, que se celebró el 28 de diciembre de 2016 según consta en el Acta de esa misma fecha. De dicha reunión se destaca lo siguiente:

- El Gerente Regional de Salud de la Nueva EPS manifestó que “siempre ha mantenido su voluntad para honrar la solicitud de la Sra. [Sofía] pero el hecho de que el Hospital San Vicente haya manifestado su limitación técnica, de infraestructura y de recurso humano, y el hecho de que en Arauca no exista ninguna otra IPS que supla los mismos, determina un imposible jurídico para atender la solicitud. Por esa razón, dispuso de toda la infraestructura y recurso humano en la ciudad de Bucaramanga donde se puede realizar el procedimiento conforme lo dispuesto en el Protocolo”. Acto seguido, indicó “no se puede obligar a los especialistas a desplazarse a la ciudad de Arauca, el Hospital no se encuentra habilitado para ese procedimiento y esto determinaría la diferencia entre la eutanasia y un homicidio”.

- Los intervinientes llegaron a los siguientes compromisos: a) el Hospital San Vicente de Arauca validaría con los anestesiólogos si era posible llevar a cabo parte del procedimiento con acompañamiento por telemedicina desde Bucaramanga; b) la Defensoría y el abogado de la familia se reunirían con esta para comentar lo expuesto en la reunión; c) la Nueva EPS adelantaría la gestión con el Ministerio de Salud y Protección Social poniendo en conocimiento el caso y solicitando orientación por la premura del tiempo.

- La reunión continuó en horas de la tarde de ese mismo día, momento en el cual la Nueva EPS informó que el único caso conocido se llevó a cabo en Manizales en donde se contaba con la red para prestar el servicio, por lo que se cumplió a cabalidad el Protocolo.

- La Defensora del Pueblo, Regional Arauca, manifestó que no había una preparación psicológica de la paciente ni de su familia, lo que evidenciaba la falta de convencimiento pleno

sobre la realización de la eutanasia. Ante lo anterior, el abogado de la accionante expuso que “la solicitud de la paciente siempre ha sido expresa desde el inicio” y aclaró que “la paciente no dijo que NO quería realizarse el procedimiento, solo que se observa es que la misma y su familia no tienen claridad sobre las etapas a seguir”.

- Ante la duda sobre la voluntad de la realización del procedimiento la Nueva EPS se comprometió a garantizar la evaluación psicológica, para lo cual se ubicarían los profesionales que cumplieran el perfil para dicha evaluación, esto, en la ciudad de Arauca.

- Finalmente, el Hospital San Vicente de Arauca informó que de los cuatro anestesiólogos con lo que cuenta la institución, tres de ellos manifestaron su objeción de conciencia para realizar la eutanasia y uno no estaba en la ciudad, por lo que no se pudo conocer su posición sobre el particular.

Por otro lado, de acuerdo a lo informado por la Nueva EPS la paciente y su familia solicitaron la práctica de la eutanasia, por lo que procedió a indagar sobre el asunto teniendo en cuenta que era el primer caso que se presentaba en los ocho años que lleva funcionando como EPS. Luego de las respectivas averiguaciones envió una comunicación a las peticionarias en las que les informó que el Departamento de Arauca no contaba con la red de servicios habilitada para esa atención, razón por la cual el servicio solicitado podría prestarse en la ciudad de Bucaramanga.

Señaló que el 28 de diciembre de 2016 cuando se realizó la reunión previamente mencionada se presentó “un suceso que apalancó la ejecución del procedimiento” y es que en voces del médico tratante Dr. Luis la eutanasia no podía garantizarse ante la duda, ya que posiblemente la paciente y sus familiares no estaban preparados. Indicó que, en todo caso y ante el compromiso asumido en esa reunión, autorizó una nueva valoración psicológica domiciliaria por un profesional de la IPS de Arauca, pero el 2 de enero de 2017 la Gerencia

General de la IPS MEDYTEC envió una cotización de los valores de citas por psicología e hizo hincapié en que para el área geográfica del Departamento de Arauca se presentaba una escasa oferta de profesionales.

Mencionó que el 4 de enero de 2017 generó dos autorizaciones para la prestación de los servicios de atención domiciliaria por sicología y medicina general que serían finalmente prestados a través de la IPS MEDYTEC-Arauca. Adicionó que ese mismo día se estableció comunicación con un familiar de la agenciada, quien informó que el 28 de diciembre se había realizado una valoración interdisciplinaria a la paciente y que estaba siendo atendida con terapias psicológicas.

De la prestación del servicio en la Clínica FOSCAL de Bucaramanga

Según lo manifestó el apoderado de la accionante, por el fuerte dolor que padecía y al ver cómo su cuerpo se deformaba por la inflamación que le causaba la enfermedad, Sofía y su familia decidieron aceptar el traslado a la ciudad de Bucaramanga. El 6 de enero de 2017, la Nueva EPS envió un avión ambulancia, un médico y un sicólogo, y Sofía, su madre y sus hermanos fueron trasladados a la Clínica FOSCAL de Bucaramanga.

Afirmó que a la llegada a la clínica comenzaron los inconvenientes y trámites administrativos que entorpecieron la realización de la eutanasia, ya que la Nueva EPS no informó para qué procedimiento se había trasladado a la paciente y no solicitó la historia clínica. Al respecto, señaló lo siguiente: “lastimosamente sucedió todo lo que mi cliente y paciente le temía, en su casa tenía las comodidades de un hogar digno, acompañamiento médico y control del dolor, rodeada de su familia y con mucho amor, pero en la clínica fue abandonada en el área de urgencia, en una camilla donde solo podía estar su madre, sus hermanos en las afueras del centro asistencial porque no los dejaban entrar. Un trato indignante para cualquier ser humano en el estado tan vulnerable en que se encontraba”.

Comentó que luego de unas horas les informaron que según lo aducido por la Nueva EPS la joven Sofía había sido remitida para manejo del dolor y que no tenían conocimiento alguno frente a la solicitud del procedimiento de eutanasia. Comentó que el 7 de enero de 2017 el director de la clínica FOSCAL debió apersonarse del caso, por lo que a las 3:30 pm se inició el procedimiento de eutanasia, el cual culminó el 8 de enero de 2017. El abogado mencionó que “desde el mismo momento en que fue dejada en la clínica FOSCAL ningún funcionario de la Nueva EPS les brindó ayuda o siquiera los escuchó”.

Lo anterior se puede constatar con lo consignado en la Historia Clínica de Enfermería de la Clínica FOSCAL de Bucaramanga, de la cual se extrae que Sofía ingresó a la clínica a la 1:00 pm del 6 de enero de 2017, por la unidad de urgencias, remitida para valoración y manejo de dolor, y solo hasta las 6:00 pm fue trasladada al área de hospitalización:

- 6 de enero de 2017 - 12:51. Paciente de 24 años de edad con diagnóstico de tumor metastásico en etapa terminal con dolor de difícil manejo. Paciente quien viene remitida para valoración y manejo por clínica del dolor, es entregada a observación.

- 6 de enero de 2017 - 13:16. Paciente quien manifiesta que ella no acepta que la ubiquen en una camilla de urgencias, que a ella le manifestaron que llegaba a la clínica y de una vez pasaba a ser hospitalizada en habitación.

- 6 de enero de 2017 - 13:20. Ingresa usuaria al servicio de observación de urgencias área nueva cubículo 29, en regular estado general.

- 6 de enero de 2017 - 18:00. Ingresa usuaria a servicio de hospitalización proveniente de urgencias en camilla.

Ahora bien, según expuso la Nueva EPS el 23 de diciembre de 2016 procedió a remitir a la Gerencia Regional de la EPS en la ciudad de Bucaramanga la historia clínica de Sofía. Así mismo, el 26 de diciembre de 2016 estableció comunicación con el Director de la Clínica del Dolor y Cuidado Paliativo con el fin de contextualizar el caso de la paciente, a quien se le informó el riesgo jurídico en el que se encontraban y la imposibilidad de realizar el procedimiento en el Hospital San Vicente de Arauca. Mencionó que en esa comunicación se le solicitó al Director de la Clínica que explicara cómo era el proceso para la práctica de la eutanasia.

En respuesta a esa comunicación emitida el mismo 26 de diciembre, el Director de la Clínica de Dolor y Cuidado Paliativo manifestó lo siguiente: “dentro de los protocolos para la realización de la eutanasia el médico tratante debe remitirlo al comité que se haya habilitado en la institución. Entiendo que en el Hospital San Vicente de Arauca no existen dichos protocolos ni el personal para su realización. Con el mayor de los gustos atenderíamos a la paciente pero lo haríamos en nuestra institución, donde contamos con los requerimientos básicos para la realización. Es de difícil desplazamiento porque el personal está disponible en FOSCAL y en FOSCAL INTERNACIONAL en sus actividades normales”.

La Nueva EPS mencionó que el 5 de enero de 2017 se logró establecer la recepción de Sofía para la práctica de la eutanasia en la Clínica FOSCAL y que el ingreso de la paciente debía realizarse por urgencias de la IPS que debía notificar la hora estimada de arribo con el fin de garantizar que el equipo de cuidados paliativos la estuviera esperando a su llegada al servicio de urgencias. Según sus bases de datos, la usuaria fue ingresada en la IPS FOSCAL el 6 de enero de 2017 y la ubicación se realizó en zona VIP del área de observación en cubículo independiente a la espera de la asignación de una habitación individual, esto “en razón a la premura del viaje que se exigió ya que la aceptación del mismo, de parte suya, se obtuvo el 4 de enero sobre el medio día”. Resaltó que este procedimiento se logró en un término de menos de 48 horas dentro de las cuales se organizó y otorgó el traslado en avión ambulancia.

Indicó que la paciente fue valorada por el anestesiólogo pero que desafortunadamente el acompañante no llevaba consigo los documentos de historia clínica, los cuales debía poseer según las indicaciones recibidas en la visita de atención médica domiciliaria, lo que “generó la espera para su consecución y valoración, toda vez que por tratarse de información técnica, clínica, legal y privada, era fundamental para el proceso que se estaba iniciando”.

La entidad aclaró que pese a las gestiones adelantadas para garantizar el cumplimiento del fallo, Sofía falleció el 8 de enero de 2017, consumándose así la pretensión amparada. Sobre el particular, recalcó que siempre estuvo presta a adelantar los trámites administrativos y financieros para garantizar el procedimiento solicitado que “equivocamente pretendía la familia fuera realizado de forma domiciliaria desconociendo el protocolo para la realización del mismo”.

b. Conclusiones sobre el análisis probatorio reseñado

Según lo ha señalado por esta Corporación, el deber del Estado de proteger la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede respecto del consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado y que no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en las condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas e indignas. Así, “el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”.

Bajo ese entendido, la relación directa entre el derecho a morir dignamente con los derechos a la salud y a la dignidad humana, implica la posibilidad de la persona que atraviesa una enfermedad terminal de optar por dejar de vivir una vida con intensos dolores y sufrimientos. Entonces, para garantizar la voluntad del paciente y materializar el derecho a morir dignamente es necesario cumplir con ciertos parámetros mínimos, como: (i) la posibilidad de la persona de manifestar su deseo de morir; (ii) la conformación de un Comité para que en un término razonable sea programada la realización del procedimiento; (iii) la posibilidad del paciente de desistir de su decisión o activar otras prácticas médicas para paliar su dolor; (iv) la celeridad en la práctica de la eutanasia, de tal forma que se garantice la no prolongación del sufrimiento; (v) el respeto por la voluntad del paciente y las condiciones en las que este desea finalizar su padecimiento (atención oportuna, acompañamiento médico y del entorno familiar, entre otros).

La Resolución 1216 de 2015 establece que todo procedimiento de eutanasia debe garantizar la autonomía del paciente, la celeridad y la oportunidad en su realización, así como la imparcialidad de los profesionales de la salud que intervienen en el mismo. Para cumplir con tales presupuestos se debe brindar el tratamiento paliativo que amerite la enfermedad, así como contar con la infraestructura adecuada que permita llevar a cabalidad el procedimiento. De igual forma, se debe conformar un Comité que coordine todo lo necesario para llevar a cabo el proceso, y que cuente con un abogado y con médicos especialistas en la patología que padece el paciente, así como en psiquiatría o psicología. Dentro de las funciones de ese Comité se encuentra la de acompañar, de manera constante y durante las diferentes fases, al paciente y su familia en ayuda psicológica, médica y social, para mitigar los eventuales efectos negativos.

A continuación, la Sala presenta las fallas en las que incurrió la Nueva EPS en la prestación del servicio solicitado, tanto en la ciudad de Arauca como en Bucaramanga, así como las fallas en las que incurrieron las entidades estatales encargadas de la vigilancia y la verificación del adecuado cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015.

De las fallas evidenciadas en la prestación del servicio en la ciudad de Arauca

Desde el 3 de octubre de 2016 Sofía y su madre hicieron la correspondiente solicitud de práctica de la eutanasia ante el Hospital San Vicente de Arauca, IPS que luego de constatar que no contaba con la infraestructura adecuada para realizar el procedimiento le informó sobre la solicitud a la Nueva EPS, entidad que tuvo conocimiento de la situación desde el 7 de octubre de 2016.

Un mes después, esto es, el 3 de noviembre de 2016 el juez que conoció la acción de tutela en única instancia emitió diferentes órdenes para que la Nueva EPS llevara a cabo el procedimiento. La decisión de ese fallador era lo suficientemente clara y en ella se especificó que “en caso de que no fuera aconsejable el desplazamiento de [Sofía], la EPS dispondría lo necesario para que el médico que designe el Comité sea trasladado a Arauca para realizar el procedimiento”. A pesar de esa orden, de las pruebas que obran en el expediente y de lo informado por la misma entidad, durante ese tiempo no existió ninguna gestión por parte de la EPS para dar cumplimiento a lo ordenado y verificar con los galenos correspondientes si era posible o no trasladar a Sofía.

Solo hasta el 28 de diciembre de 2016, luego de la sanción por desacato emitida por el juez de instancia, fue que se realizó una reunión para llegar a una solución para el caso, esto por la intervención que hiciera la Defensoría Regional. La actitud de la Nueva EPS ese día fue señalar que “no se puede obligar a los especialistas a desplazarse a la ciudad de Arauca, el Hospital no se encuentra habilitado para ese procedimiento y esto determinaría la diferencia entre la eutanasia y un homicidio”. Pero en ningún momento mostró voluntad para ir conformando el Comité Interdisciplinario así fuera en la ciudad de Bucaramanga, para luego ver si por telemedicina se podría avanzar, por lo menos, en una parte del procedimiento. Por el contrario, su respuesta siempre fue enfática y sesgada en señalar que no era posible acceder a la solicitud, sin analizar u optar por otras posibilidades que ayudaran a la paciente.

La EPS manifestó además que este era el primer caso que se presentaba en los ocho años que lleva funcionando como entidad promotora de salud, como si la novedad del asunto le impidiera gestionar la solicitud de la peticionaria. Por ejemplo, pudo adelantar la gestión con el Ministerio de Salud y Protección Social poniendo en conocimiento el caso y solicitando orientación por la premura del tiempo, compromiso que asumió en la reunión del 28 de diciembre de 2016 y que no acreditó haber cumplido.

Por otro lado, la Nueva EPS señaló que el 28 de diciembre de 2016 se presentó “un suceso que apalancó la ejecución del procedimiento” y es que en voces del médico tratante Dr. Luis la eutanasia no podía garantizarse ante la duda, ya que posiblemente la paciente y sus familiares no estaban preparados. Esto olvidando lo señalado por el apoderado de la familia, quien aclaró que “la paciente no dijo que NO quería realizarse el procedimiento, solo que se observa es que la misma y su familia no tienen claridad sobre las etapas a seguir”.

Ahora bien, la entidad mencionó que el 4 de enero de 2017 generó dos autorizaciones para la prestación de los servicios de atención domiciliaria por sicología y medicina general y que ese mismo día se estableció comunicación con un familiar de la agenciada, quien informó que el 28 de diciembre se había realizado una valoración interdisciplinaria a la paciente y que estaba siendo atendida con terapias psicológicas. Pero para la Corte no es claro qué resultados se obtuvieron con dichas valoraciones, si estas le sirvieron a la entidad para aclarar el suceso que “apalancó” la ejecución del procedimiento y si fueron suficientes para dar lugar a la conformación del Comité.

Para la Sala, en este caso estaba demostrado que en la ciudad de Arauca no existía el soporte técnico para realizar el procedimiento solicitado por Sofía; sin embargo, ello no justifica que la entidad, teniendo conocimiento desde mucho antes de esa situación y desde el mismo momento del fallo de tutela, no hubiera iniciado las gestiones pertinentes para avanzar en el procedimiento así fuera parcialmente. Simplemente se basó en la imposibilidad técnica y jurídica de dar cumplimiento al fallo. Así, no es claro bajo qué parámetros se

verificó el consentimiento de Sofía, cómo se conformó el Comité Interdisciplinario, quiénes hicieron parte del mismo, cuál fue el acompañamiento médico y psicológico, y si el procedimiento de eutanasia se realizó en acatamiento a los parámetros fijados por esta Corporación y regulados en la Resolución 1216 de 2015.

Ahora bien, por otro lado, en la reunión del 28 de diciembre de 2016, el Hospital San Vicente de Arauca informó que de los cuatro anestesiólogos con lo que cuenta la institución, tres de ellos manifestaron su objeción de conciencia para realizar la eutanasia y uno no estaba en la ciudad, por lo que no se pudo conocer su posición sobre el particular.

Como se reseñó previamente, una de las funciones del Comité, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución 1216 de 2015, es ordenar a la institución responsable del paciente la designación, en un término máximo de 24 horas, de un médico no objetor cuando se presente objeción por parte del médico que debe practicar el procedimiento que anticipa la muerte en forma digna en un enfermo terminal. Así mismo, el artículo 12 establece como una de las funciones de las IPS la de garantizar que existan médicos no objetores, de conformidad con la orden dada por el Comité, o permitir el acceso a quienes no sean objetores para la práctica del procedimiento. De igual forma, el artículo 18 de esa normatividad dispone que la objeción de conciencia solo es predicable de los médicos encargados de intervenir en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad y en el evento que el médico que va a practicar el procedimiento formule tal objeción, por escrito y debidamente motivada, el Comité ordenará a la IPS para que, dentro de las 24 horas siguientes a que se presente de la objeción, reasigne a otro médico que lo realice.

De acuerdo a lo señalado por la IPS en la reunión del 28 de diciembre, tres anestesiólogos fueron objetores, pero en ningún momento se acreditó la verificación de que dicha manifestación hubiera sido por escrito y debidamente motivada y que, luego de constar lo anterior, se designara en el término de 24 horas a otro galeno que cumpliera con el protocolo y procediera a la realización del procedimiento solicitado por la paciente. Esta es una traba

más que debió padecer la paciente y que contrarió los parámetros establecidos en la Resolución 1216 de 2015.

De las fallas evidenciadas en la prestación del servicio en la ciudad de Bucaramanga

Por el fuerte dolor que padecía y al ver cómo su cuerpo se deformaba por la inflamación que le causaba la enfermedad, Sofía y su familia decidieron aceptar el traslado a la ciudad de Bucaramanga. A la llegada a la Clínica FOSCAL el 6 de enero de 2017, Sofía tuvo que esperar cerca de cinco horas para ser trasladada de la camilla de urgencias al área de hospitalización.

Según comentó el apoderado de la familia, en la Clínica les informaron que Sofía había sido remitida para manejo del dolor y que no tenían conocimiento alguno frente a la solicitud del procedimiento de eutanasia. Esto se corrobora con la historia clínica de esa IPS, en la que desde el momento del ingreso de la paciente se registró: “Paciente quien viene remitida para valoración y manejo por clínica del dolor, es entregada a observación”.

De acuerdo a lo señalado por la Nueva EPS la paciente fue valorada por el anestesiólogo pero que desafortunadamente el acompañante no llevaba consigo los documentos de historia clínica, los cuales debía poseer según las indicaciones recibidas en la visita de atención médica domiciliaria, lo que “generó la espera para su consecución y valoración, toda vez que por tratarse de información técnica, clínica, legal y privada, era fundamental para el proceso que se estaba iniciando”. No obstante, si la EPS autoriza un traslado, un tratamiento o un procedimiento, lo mínimo es que sea esa entidad la que remita la información a la institución en la que lo autoriza, informando qué servicio se autorizó y por qué razón, sin que dicha carga deba ser trasladada al usuario.

De igual forma, según la EPS pese a las gestiones adelantadas para garantizar el cumplimiento del fallo, Sofía falleció el 8 de enero de 2017. Esto contradice lo consignado en la historia clínica de la Clínica FOSCAL, en la que se registró que el 7 de enero de 2017 a las 3:30 pm se inició el procedimiento de eutanasia, el cual culminó el 8 de enero de 2017. Tal es el punto de desconocimiento de la Nueva EPS sobre el procedimiento realizado a la paciente, que no tiene certeza de la realización del mismo, sino que afirma que la paciente murió en medio de las gestiones adelantadas por esa entidad.

Ahora bien, de las pruebas recaudadas no es posible constatar que durante y después de la práctica de la eutanasia, Sofía y su familia hayan recibido la ayuda psicológica adecuada. La Resolución 1216 de 2015, establece en el artículo 7 las funciones del Comité, entre ellas, el acompañamiento psicológico, médico y social, de manera constante y durante las diferentes fases, para el paciente y su familia. En este caso, se incumplió dicha obligación como quiera que en la historia clínica no obra anotación alguna sobre la prestación de ese servicio.

Para la Sala, esto significa una grave transgresión de los derechos fundamentales de la familia de Sofía. Tan solo es leer la historia clínica de la paciente, ver la declaración de la madre ante el juzgado de instancia para llegar a esa conclusión, y revisar el certificado psicológico expedido el 22 de mayo de 2017 por la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca en el que consta que la señora Adriana y la hermana menor de Sofía se encuentran “afectadas a nivel emocional, presentando sintomatología ansiosa y depresiva, se evidencia secuelas psicológicas marcadas debido a pérdida de ser querido”.

De lo expuesto anteriormente, la Sala constata que las actuaciones de la Nueva EPS desde el momento de la remisión a la ciudad de Bucaramanga, fueron producto de improvisación, y con ellas no solo se incumplió lo ordenado por el juez de única instancia, sino que se prolongó el sufrimiento físico y psicológico de Sofía y su familia. De acuerdo a lo acreditado en el expediente, la entidad no solo incumplió los términos establecidos en la Resolución 1216 de 2015 para llevar a cabo el procedimiento, sino que omitió prestar de manera adecuada el

servicio solicitado por la paciente. Esta deficiente prestación del servicio se dio principalmente por la omisión de la valoración psicológica por parte de profesionales idóneos que brindaran un acompañamiento adecuado en todo el proceso.

Para la Corte resulta inaceptable el actuar de la Nueva EPS, en tanto si bien autorizó y ejecutó el traslado a la ciudad de Bucaramanga, no se constata que haya solicitado la historia clínica como se comprometió a hacerlo en la reunión del 28 de diciembre de 2016; tampoco brindó el acompañamiento adecuado; y producto de la falta de información a la Clínica FOSCAL, la paciente fue sometida a una estancia de 5 horas en una camilla de la sala de urgencias y a dos días adicionales de cuidados paliativos hasta que finalmente se realizó el procedimiento de eutanasia. Debió esperar más de dos meses desde el fallo de instancia para recibir el tratamiento y en ese interregno debió soportar numerosas trabas administrativas.

La situación de Sofía era apremiante por el grave estado de su enfermedad, las condiciones en las que vivía y el dolor que padecía. El trámite al que fue sometida prolongó su sufrimiento, contrarió su voluntad de morir dignamente y en las condiciones en que ella lo deseaba, acompañada de su familia y en su hogar, vulnerando de ese modo su derecho fundamental a la salud, a una vida en condiciones dignas y a morir dignamente.

La Corte Constitucional ha definido el concepto de familia como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. En momentos como los que atravesaron Sofía y su familia es cuando más se necesita apoyo del Estado para cumplir con la finalidad de una institución de esa naturaleza.

Lastimosamente, como lo indicó el apoderado de la accionante, en este caso sucedió todo lo

que la familia buscó evitar con el traslado a Bucaramanga. En su casa tenía las comodidades de un hogar digno, acompañamiento médico y control del dolor, rodeada de su familia y con mucho amor, pero en la clínica fue abandonada en el área de urgencia, en una camilla donde solo podía estar su madre, ya que sus hermanos estuvieron en las afueras del centro asistencial porque no los dejaban entrar. El respecto de la unidad familiar en circunstancias como las que vivió la agenciada era de vital importancia, pues se trataba de los últimos momentos de vida de alguien que atravesó una difícil y dolorosa enfermedad, y que lo único que pedía era estar acompañada por su núcleo familiar, rodeada del apoyo y el amor necesarios en circunstancias tan apremiantes, y en un entorno que facilitara en algo esa difícil situación, que para ella era su hogar y no una sala de urgencias en una ciudad que no era su lugar de residencia.

Finalmente, para la Sala no es entendible que la capital del Departamento de Arauca no cuente con una institución dotada de la infraestructura adecuada y de los profesionales en oncología y sicología idóneos para garantizar de manera adecuada las solicitudes muerte digna. Por ello, adoptará órdenes para que los habitantes de ese lugar afiliados a esa entidad no se vean sometidos a una situación similar como la que vivieron Sofía y su familia.

De las fallas en las que incurrieron las entidades estatales encargadas de la vigilancia y verificación del cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015

(i) Ministerio de Salud y Protección Social

El Ministerio de Salud y Protección Social como rector de la política pública del sector tiene la obligación de garantizar no solo la regulación de dicha política, sino su adecuada implementación y aplicación. Es decir, que su labor no se limita a la expedición de normas sino además a la verificación de su efectivo acatamiento.

En cumplimiento a lo ordenado por la Corte en la sentencia T-970 de 2014, el Ministerio expidió la Resolución 1216 de 2015 que reguló el derecho a morir dignamente y en ella consignó el procedimiento a seguir para llevar a cabo la práctica de la eutanasia. Así mismo, expidió la Resolución 4006 de 2016, en la que creó el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para controlar los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad.

De acuerdo a lo informado por el Ministerio de Salud y Protección Social en respuesta al requerimiento de esta Corporación, se dio cumplimiento a lo ordenado en la sentencia T-970 de 2014 ante la expedición de las mencionadas resoluciones y adujo que para la difusión de la primera de ellas se han desarrollado las siguientes actividades: (i) acompañamiento por parte del Ministerio en múltiples foros de discusión en universidades, clínicas y hospitales, así como en debates públicos que abordan la materia; (ii) permanente respuesta y asistencia técnica a múltiples solicitudes que llegan por correspondencia con inquietudes sobre la materia; (iii) difusión a través de la página web del contenido de la resolución y del Protocolo para la Aplicación del Procedimiento de Eutanasia en Colombia; (iv) difusión de un ABC, así como de un video que desarrolla y explica al público los contenidos y condiciones mínimas para el cumplimiento de la resolución.

El artículo 16 de la Resolución le exige al Comité Interdisciplinario enviar al Ministerio de Salud y Protección Social el reporte de los hechos y condiciones que rodearon el procedimiento para que esa entidad realice un control exhaustivo del caso. Sin embargo, ese control se refiere a los casos que alcanzan a llegar al Comité y en la práctica no existen mecanismos de control previo a la conformación del mismo, que es el punto en el cual se presentan las mayores vulneraciones y obstáculos a los pacientes. Eso fue precisamente lo que sucedió en esta ocasión, pues no es claro bajo qué parámetros y cómo se conformó el Comité que acompañó el proceso de eutanasia de Sofía.

Así mismo, no existe claridad en la regulación sobre el procedimiento a seguir cuando una

IPS además de no contar con la infraestructura para garantizar el procedimiento, se encuentra ubicada en zonas geográficas apartadas o con poca disponibilidad de médicos especialistas. Si bien la Resolución 1216 de 2015 establece como solución dar información inmediata a la EPS para que coordine lo necesario para la realización del procedimiento, ello en la práctica no da solución a la problemática, en tanto como sucedió en este caso, aunque la IPS dio aviso oportuno a la entidad, las trabas administrativas y logísticas impidieron la garantía efectiva del servicio solicitado.

Siendo así, el control por parte del Ministerio debe iniciar desde el mismo momento de la solicitud que el paciente hace a su médico tratante, porque de lo contrario ese ente regulador jamás tendrá conocimiento de las trabas administrativas impuestas a los usuarios, sino hasta un momento en ya se ha generado un daño por la deficiente prestación del servicio, como en efecto sucedió en el caso que ahora se estudia.

Ahora, si bien la expedición de la Resolución 1216 de 2015 significó un valioso avance para la regulación del derecho fundamental a morir dignamente en el ordenamiento jurídico colombiano, existen falencias que deben ser subsanadas por el ente rector de la política pública en materia de salud, con el fin de evitar que las normas queden en simplemente escritas.

(ii) Superintendencia Nacional de Salud

En respuesta al requerimiento hecho por esta Corporación la Superintendencia Nacional de Salud solicitó ser desvinculada de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela, dado que la vulneración alegada no proviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad, en tanto son las EPS, como aseguradoras en salud, las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio, y las que están llamadas a responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genere con ocasión

de la no prestación o la prestación indebida de los servicios de salud.

No obstante, acto seguido aseguró que como órgano de inspección, vigilancia y control del sistema de seguridad social en salud, debe propugnar porque los agentes del mismo cumplan a cabalidad con las obligaciones y deberes asignados en la ley. En cumplimiento de esa función, señaló que se encarga de verificar el cumplimiento por parte de las EPS de lo reglamentado en la Resolución 1216 de 2015, principalmente, que cuenten con la red de prestadores, y que las IPS tengan habilitados los servicios y el personal idóneo según lo dispuesto en esa resolución.

A pesar de lo afirmado por esa entidad, no es claro cómo esa labor ha sido efectiva para garantizar el derecho a morir dignamente. En este caso, la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia ha sido completamente nula, pues a pesar de su propia afirmación según la cual debe verificar que las EPS cuenten con la red de prestadores, y que las IPS tengan habilitados los servicios y el personal idóneo según lo reglamentado en esa resolución, no informó de qué manera su labor estuvo dirigida a garantizar tales necesidades en el caso de Sofía.

Como se expuso previamente, uno de los principios a través de los cuales se garantiza de manera efectiva el derecho fundamental a la salud es el de la universalidad. La eficacia del derecho a morir dignamente debe atender ese principio, por lo que las entidades estatales encargadas de su cumplimiento deben velar porque en todo el territorio nacional se garanticen las condiciones para la prestación del servicio, lo que incluye verificar que las instituciones prestadoras de salud cuenten con la infraestructura y el personal idóneo para la práctica de la eutanasia.

Es obligación de este órgano de inspección, vigilancia y control, constatar que el personal que presta ese servicio sea idóneo no solo en la especialidad de la patología que padece el

paciente, sino en el acompañamiento psicológico para aquel y su familia, durante y después de la realización del procedimiento, dadas sus implicaciones. Sobre el particular, es preciso señalar que la consideración del dolor se ha limitado al dolor físico, sin tener en cuenta el moral y psicológico. De ahí la importancia de que la labor de las entidades estatales encargadas de la verificación del cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015 no se limite al tratamiento de la enfermedad, sino a las secuelas psicológicas que esta puede acarrear.

c. Órdenes a impartir

Con sustento en lo expuesto previamente y luego de evidenciadas las fallas en las que incurrieron el Ministerio de Salud y Protección Social como ente rector de la política pública en salud, la Superintendencia Nacional de salud como órgano encargado de la inspección, vigilancia y control del sistema de seguridad social en salud y, particularmente, de la Nueva EPS en el caso concreto, la Sala procederá a emitir las siguientes órdenes:

(i) Confirmará la decisión del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca y concederá la protección invocada por la accionante a pesar de que se hubiere configurado una carencia actual de objeto por daño consumado, luego de constatar que efectivamente existió una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente, dadas las trabas administrativas a las que fue sometida Sofía, que la afectaron gravemente a ella y a su núcleo familiar, de conformidad con lo establecido en esta providencia.

(ii) Ordenará a la Nueva EPS:

- Que en futuras ocasiones se abstenga de incurrir en conductas que supongan la imposición de barreras administrativas sobre los pacientes y que prolonguen su sufrimiento.

- Que realice un acto público de desagravio en el que ofrezca disculpas a la familia de Sofía por las trabas impuestas en la práctica del procedimiento de eutanasia que significaron la prolongación del sufrimiento físico y psicológico de esta y de su familia, acto al cual deberá asistir además las directivas de la ESE Hospital San Vicente de Arauca y el Ministerio de Salud y Protección Social.

- Dotar a la red de prestadores de esa entidad en el Departamento de Arauca de la infraestructura que permita garantizar el cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015. De igual forma, para futuros casos y luego de verificar la idoneidad y el cumplimiento de los requisitos para realizar el procedimiento, gestionar lo necesario para trasladar a los especialistas al municipio de Arauca con el fin de garantizar la efectividad del derecho a morir dignamente cuando así sea solicitado.

- Disponer la asistencia médica psicológica para la familia de Sofía con el fin de dar tratamiento a las secuelas sufridas por la pérdida de su familiar.

(iii) Ordenará a la ESE Hospital San Vicente de Arauca que dote sus instalaciones de la infraestructura y los médicos idóneos que permitan garantizar de manera efectiva las solicitudes de muerte digna, de tal manera que el cumplimiento de ese derecho fundamental atienda el principio de universalidad. En los casos en los que el médico encargado de realizar el procedimiento de eutanasia objete conciencia, la ESE Hospital San Vicente de Arauca deberá asignar de manera inmediata un galeno que continúe con el procedimiento de conformidad con lo establecido en la Resolución 1216 de 2015.

(iv) Ordenará al Ministerio de Salud y Protección Social:

- Que adopte las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento y la correcta implementación de la Resolución 1216 de 2015, iniciando por la creación de un mecanismo mediante el cual tenga conocimiento de todos los casos de muerte digna desde el mismo momento en que el paciente lo solicite, y las demás medidas que estime pertinentes.

- Gestionar lo necesario para que todas las EPS e IPS del país emitan una carta de derechos para los pacientes en las que se ponga en conocimiento de los usuarios del sistema de salud sus derechos y deberes en lo concerniente al derecho fundamental a morir dignamente.

(v) Ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, adopte las medidas necesarias para verificar la correcta implementación de la regulación sobre el derecho fundamental a morir dignamente, de tal forma que verifique que las EPS e IPS del país cuenten con la infraestructura y el personal idóneo para garantizar de manera efectiva la práctica del procedimiento de eutanasia. Esa entidad deberá además iniciar la ejecución de dichas medidas.

(vi) Compulsará copias del expediente de la referencia a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales inicien las actuaciones correspondientes en relación con las presuntas fallas administrativas, disciplinarias y penales, ante la imposición de trabas administrativas no atribuibles a Sofía y su familia en la práctica del procedimiento de eutanasia.

(vii) Ordenará a la Defensoría del Pueblo que brinde el acompañamiento necesario a la familia de Sofía en aras de verificar que reciban la ayuda pertinente de conformidad con lo ordenado a las diferentes entidades en esta providencia.

(viii) Reiterará el exhorto al Congreso de la República dispuesto en la sentencia T-970 de 2014, para que en un término perentorio proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, esta vez, tomando en consideración los inconvenientes que impiden una correcta aplicación en la práctica de lo regulado en la Resolución 1216 de 2015.

Finalmente, esta Corporación aclara que contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca no se emitirá ninguna orden en tanto no se constató que esta entidad incurriera en alguna acción u omisión que conllevara la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente de Sofía. Lo anterior, por cuanto no tiene dentro de sus competencias la de garantizar la prestación del servicio de salud en el régimen contributivo al cual se encuentra afiliada la paciente.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado en la acción de tutela interpuesta por Adriana como agente oficiosa de su hija Sofía contra contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca -UAESA, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión proferida el 6 de noviembre de 2016 en sentencia de única instancia por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, que CONCEDIÓ la protección de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente

invocada por la accionante, a pesar de haberse configurado la carencia actual de objeto por daño consumado, dadas las trabas administrativas a las que fue sometida Sofía, que la afectaron gravemente a ella y a su núcleo familiar, de conformidad con lo establecido en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Nueva EPS que en futuras ocasiones se abstenga de incurrir en conductas que supongan la imposición de barreras administrativas sobre los pacientes y que prolonguen su sufrimiento.

CUARTO: ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de esta providencia ejecute las siguientes medidas de reparación simbólica: (i) realice un acto público de desagravio en el que ofrezca disculpas a la familia de Sofía por las trabas impuestas en la práctica del procedimiento de eutanasia que significaron la prolongación del sufrimiento físico y psicológico de esta y de su familia, acto al cual deberán asistir, además, las directivas de la ESE Hospital San Vicente de Arauca y el Ministerio de Salud y Protección Social; y (ii) dote a la red de prestadores de esa entidad en el Departamento de Arauca de la infraestructura que permita garantizar el cumplimiento de la Resolución 1216 de 2015. De igual forma, para futuros casos y luego de verificar la idoneidad y el cumplimiento de los requisitos para realizar el procedimiento, gestione lo necesario para trasladar a los especialistas al municipio de Arauca con el fin de garantizar la efectividad del derecho a morir dignamente cuando así sea solicitado.

QUINTO: ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, inicie las gestiones necesarias para brindar la asistencia médica psicológica para la familia de Sofía con el fin de dar tratamiento a las secuelas sufridas por la pérdida de su familiar.

SÉPTIMO: ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que, en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, inicie las gestiones pertinentes para: (i) adoptar las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento y la correcta implementación de la Resolución 1216 de 2015, iniciando por la creación de un mecanismo eficaz mediante el cual tenga conocimiento de todos los casos de muerte digna desde el mismo momento en que el paciente lo solicite, y las demás medidas que estime pertinentes; y (ii) gestionar lo necesario para que todas las EPS e IPS del país emitan una carta de derechos para los pacientes en las que se ponga en conocimiento público de los usuarios del sistema de salud sus derechos y deberes en lo concerniente al derecho fundamental a morir dignamente.

OCTAVO: ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que, en el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, y en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, adopte las medidas necesarias para verificar la correcta implementación de la regulación sobre el derecho fundamental a morir dignamente, de tal forma que verifique que las EPS e IPS del país cuenten con la infraestructura y el personal idóneo para garantizar de manera efectiva la práctica del procedimiento de eutanasia. En el mismo término, la Superintendencia Nacional de salud deberá iniciar la ejecución de dichas medidas.

NOVENO: COMPULSAR COPIA del expediente de la referencia a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales inicien de manera inmediata las actuaciones correspondientes en relación con las presuntas fallas administrativas, disciplinarias y penales, ante la imposición de trabas administrativas no atribuibles a Sofía y su familia en la práctica del procedimiento de eutanasia.

DÉCIMO: REMITIR el presente asunto a la Defensoría del Pueblo para que brinde el acompañamiento necesario a la familia de Sofía en aras de verificar que reciban la ayuda

pertinente de conformidad con lo ordenado a las diferentes entidades en esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: REITERAR el exhorto al Congreso de la República dispuesto en la sentencia T-970 de 2014, para que en un término de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a regular el derecho fundamental a morir dignamente, esta vez, tomando en consideración los inconvenientes que impiden una correcta aplicación en la práctica de lo regulado en la Resolución 1216 de 2015, de conformidad con lo dispuesto en esta decisión.

DÉCIMO SEGUNDO: LÍBRENSSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto estatutario 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (e.)

ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DE LA MAGISTRADA CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-423/17

Referencia: Expediente T-6.061.533.

Iván Humberto Escrucería Mayólo

La suscrita magistrada acompañó la decisión mayoritaria de la Sala Sexta de Revisión en el sentido de declarar la carencia actual de objeto por daño consumado y confirmar la decisión de instancia que concedió la protección de los derechos fundamentales a la salud y a morir dignamente invocada por Sofía, en razón a las trabas administrativas a las que fue sometida al solicitar el procedimiento de la eutanasia, teniendo en cuenta la existencia de un precedente jurisprudencial obligatorio, cual es la sentencia de constitucionalidad C-239 de 1997. Acatando la obligatoriedad de dicho precedente, acompañé la decisión contenida en los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia. Sin embargo, enseguida presento una aclaración sobre las consideraciones que sustentaron estos puntos resolutivos. Posteriormente, expondré las razones por las cuales me aparto de los demás numerales de la decisión.

1. Considero necesario aclarar el voto respecto de mi posición frente a la línea jurisprudencial instaurada en la sentencia C-239 de 1997, en la que se considera que la sanción penal del homicidio por piedad desborda la racionalidad en ciertos casos en los que el agente actúa atendiendo al consentimiento prestado por un paciente terminal. En estos casos, la Sala Plena ha estimado que se debe reconocer la autonomía de la persona para terminar su vida,

pues las condiciones en que ella se da resultan “indignas”. La sentencia establece, así mismo, una correlación entre la autonomía del paciente, un cierto estándar de calidad de vida, y la dignidad humana. Esta relación fue posteriormente recogida en reiterada jurisprudencia que, en general, ha llegado a entender que, tanto las condiciones de vida como la autonomía, así como la intangibilidad de ciertos bienes no patrimoniales, constituyen los tres objetos en los que se concreta el principio de dignidad humana (T-881 de 2002).

La sentencia fundadora de la línea que hoy se recoge parece partir de la base de que existen condiciones en las que la vida deja de ser digna. Esta afirmación resulta incompatible con el modelo de Estado Social de Derecho, si se entiende como significativa de que la vida, en sí misma considerada, ha dejado de ser digna. En efecto, la vida no es una simple operación entre muchas, sino que consiste en el ser mismo del viviente. Perder la vida, para un viviente es perder su propio ser. En consecuencia, de la afirmación de que exista una vida indigna se sigue necesariamente la afirmación de que la persona que padece ciertas condiciones es indigna. Ello no deja de ser relevante, toda vez que, como lo ha expresado esta misma Corte en varias ocasiones, la dignidad, más que un derecho en particular, es fundamento universal de todos los derechos e instituciones jurídicas, o, en otras palabras, la condición fundante de derecho. Dignidad en sentido primario y primigenio significa eminencia, excelencia, una condición especial que no tiene parangón en el mundo de las simples cosas. Toda norma o derecho en particular es subsiguiente a esta realidad fundamental. Por todo lo anterior, la idea de que la vida puede ser “indigna” en un sentido propio y no metafórico, está inevitablemente ligada a la idea de la inferioridad de la subjetividad jurídica de los miembros más vulnerables de la sociedad, tesis que, evidentemente, contraría todo el espíritu de la Constitución.

Sostener que la vida del enfermo terminal es renunciable, en tanto que “indigna”, contiene germinalmente la idea de que se trata de una vida de menor rango. Un mero proceso biológico, cuyas dimensiones de exigencia son, en el mejor de los casos, “diferentes”. Bajo el atractivo manto de la humanización del derecho y de la compasión se introduce una peligrosa acepción de personas. Hay vidas, en efecto, cuya protección se exige, a toda costa,

y frente a las cuales la acción occisiva es siempre inaceptable, pero en otros casos la exigencia de respeto se morigera. Al enfermo terminal se le “autoriza” a morir, no porque se respete su autonomía (como algunas veces se intenta presentar) sino porque de alguna manera, su vida se considera “menos” por el ordenamiento. Tanto es así que el mismo magistrado ponente en la sentencia fundadora de esta línea jurisprudencial, manifestó en aclaración de voto a la sentencia mayoritariamente aceptada, que el condicionamiento de la autorización de eutanasia a la verificación de una enfermedad terminal no era necesario y que, por el contrario, la autonomía exigía una posibilidad irrestricta de acceso al suicidio asistido. En otras palabras, ni siquiera los más acérrimos defensores del derecho a la eutanasia consentida entendieron la distinción entre las vidas que eran “aptas” para el procedimiento y las que debían ser conservadas a pesar de la voluntad expresa del paciente. Tenían razón, toda vez que la diversa valoración entre vidas, no es más que distinción pura y dura entre subjetividades jurídicas y dignidades.

Hecha la anterior aclaración es menester analizar el argumento de que la dignidad, si bien nunca se pierde, exige “eximir” al enfermo del “deber” de soportar dolores extremos. Ciertamente, la dignidad conlleva una exigencia de optimización de las condiciones vitales, así como el derecho efectivo a reestablecer la salud, mitigar el dolor e incluso la renuncia al procedimiento médico. En este sentido, se ha de aceptar la existencia de un derecho a no soportar dolores extremos, cuando sea jurídica y fácticamente posible evitarlos, que se manifiesta, por una parte, en el derecho al tratamiento curativo y paliativo y, por otra, en el derecho a no ser sometido a tratamientos no consentidos. Tal derecho no puede entenderse extensivo, sin embargo, al acto de eutanasia, cuyo objeto inmediato es la terminación de la vida, así sea para evitar el dolor.

La razón por la que no es posible entender que la acción eutanásica sea lícita por el hecho de estar mediatamente dirigida al fin de la mitigación del sufrimiento consiste fundamentalmente en que tal acción está naturalmente dirigida a la terminación de la vida. Contrariamente, a acciones como sedar o anestesiarse, cuyo primer y más directo efecto es la alteración de la sensación, o el cambio en el funcionamiento de un órgano, las acciones

eutanásicas se distinguen por estar directamente dirigidas a suprimir la vida, tal como queda patente si se considera que, el suero letal que se usa en algunos casos de suicidio asistido “falla” si después de su administración el paciente conserva la vida. La orientación de la acción, o si se quiere, su naturaleza, no es indiferente. La orientación directa a acabar la vida no es distinguible de la orientación a eliminar a la persona que vive. Ahora bien, toda vez que la persona y la dignidad son inescindibles, toda acción que elimina al sujeto de derecho es una acción que intenta suprimir a un sujeto digno, es decir, un atentado a la dignidad. Y es que, inevitablemente, atentar contra un ser digno es atentar contra la dignidad.

Además, en cierto modo el reconocimiento simultáneo del derecho a la vida y el derecho a ejecutar o autorizar acciones directamente contrarias a la vida parece lógicamente imposible, o por lo menos no parece congruente con la exigencia de tomarse los derechos en serio. Reconocer simultáneamente el derecho a la vida y la legitimidad de acciones directamente occisivas es tan absurdo como reconocer el derecho a la propiedad y al hurto, o el derecho al buen nombre y a la injuria.

Por otra parte, el reconocimiento de una total disponibilidad sobre la vida no parece una interpretación consistente del principio de autonomía y parece desconocer uno de los enunciados fundantes de la tradición liberal de los derechos del hombre, esto es, la existencia de derechos inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. La tradición liberal, en efecto, ha sostenido siempre la existencia de una diferencia fundamental entre quien es sujeto de derecho y los objetos de derecho. Estos últimos forman la órbita de los bienes y sobre ellos se ejercen los actos de disposición y comercio. En cambio, el sujeto de derecho no puede disponer de su propia subjetividad sin cosificarse. Por ello mismo, todos los autores representativos de la tradición liberal que dio lugar al moderno Estado de derecho negaron la posibilidad de los negocios jurídicos cuyo objeto es la cesión de la propia subjetividad jurídica, como lo sería, la venta del propio ser para ser esclavo. Esta premisa sigue siendo incontestable en el ordenamiento. Nadie duda de la ilegitimidad actual del pacto de esclavitud. Ni siquiera se permite la plena disponibilidad respecto de derechos laborales. Tampoco se aceptaría la legitimidad de un documento que aceptara la tortura en un

interrogatorio judicial. Pero cuando se trata de la vida del sujeto en condiciones terminales extrañamente se acepta un acto mucho más extremo en todos los aspectos.

Por otra parte, es necesario destacar que la aceptación de la eutanasia, en las circunstancias en las que la ha autorizado la Corte, no es del todo consistente con la defensa de la autonomía. Aun aceptando que el derecho a la autonomía fuese extensible a la disposición sobre la propia vida, es evidente que la validez del acto de renuncia a la vida depende de la perfección del consentimiento. Esto es tan claro que en la misma sentencia mayoritaria se incluyen previsiones directamente encaminadas a salvaguardar este consentimiento. Resulta, sin embargo, que el consentimiento al acto eutanásico se suele dar en circunstancias que, por definición, dificultan la libertad del consentimiento. No se debe olvidar que en muchos de estos casos la decisión se toma en condiciones de alteración psíquica, en medio de estados depresivos concomitantes a la enfermedad, de sentimientos de inutilidad o autopercepción ser carga, así como de dolor físico, turbación familiar y, en algunos casos, preocupación económica. Si prácticamente todo consentimiento eutanásico se produce en especiales circunstancias de motivación y estas reducen la libertad del acto, se concluye que paradójicamente, basta un consentimiento débil y cuestionables para la más extrema e irreversible de las decisiones posibles. Circunstancias que en otros contextos bastarían para invalidar un testamento, un contrato o un matrimonio, resultan inexplicablemente irrelevantes para decidir sobre la propia muerte.

Especial consideración se exige respecto de la interferencia del ánimo depresivo en la petición del suicidio asistido. En efecto, es de común conocimiento que ciertas enfermedades desencadenan procesos depresivos y que quienes padecen estos últimos trastornos presentan dentro de su cuadro clínico inclinaciones y deseos suicidas. Precisamente por ello, el “consentimiento” asociado a uno de estos cuadros debe reputarse, por definición, espurio. Una interpretación diferente supondría una discriminación clara contra quienes padecen de trastornos depresivos o cuadros similares, sujetos a quienes, por lo demás, el ordenamiento constitucional reconoce especial protección.

Con fundamento en las anteriores consideraciones aclaro mi voto en cuanto a las decisiones adoptadas en los numerales primero y segundo de la sentencia.

2. Ahora bien, me encuentro en total desacuerdo y salvo mi voto respecto de las órdenes emitidas en los siguientes numerales de la parte resolutive de la sentencia, pues atienden a un precedente (sentencia T-970 de 2014), que contrarió manifiestamente lo establecido en la Sala Plena en el año 1997. Sobre este punto, presento los siguientes cuestionamientos:

Según la providencia de la que me aparto, la jurisprudencia aplicable al caso se enmarca en las sentencias T-493 de 1993, C-239 de 1997 y T-970 de 2014. No estoy de acuerdo con la fuerza vinculante que se le otorga concretamente a la última sentencia citada, pues se trata de una providencia emitida por una sala de revisión compuesta por tres magistrados, cuyas decisiones no pueden asimilarse a las emitidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sede del control abstracto de constitucionalidad, o en ejercicio de su potestad de unificación de jurisprudencia.

Como bien lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, las sentencias emitidas por la Sala Plena de la Corte (en su función de unificación o en control abstracto de constitucionalidad) constituyen verdaderos precedentes vinculantes para las autoridades administrativas respectivas y para los jueces constitucionales. En este orden de ideas, una vez se ha establecido un precedente emitido por la Sala Plena de la Corte, no le es posible a una sala de revisión cambiar la posición jurisprudencial. Ciertamente, una de las causales de nulidad de las sentencias de la Corte por desconocimiento del derecho al debido proceso se configura cuando una sala de revisión se aparta de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena de la Corte.

La Sentencia T-970 de 2014, desde mi razonamiento, modificó la jurisprudencia establecida en la C-239 de 1997, concretamente en los aspectos que paso a explicar. En primer lugar, la

sentencia de la Sala Plena fijó con claridad que el homicidio por piedad era exequible “con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada””. Con base en esto exhortó al Congreso para legislar sobre el asunto teniéndose en cuenta los siguientes criterios:

“(…) puntos esenciales de esa regulación serán sin duda: //1. Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir. // 2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso. // 3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc. // 4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico. // 5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones. // Como estas regulaciones sólo pueden ser establecidas por el legislador, la Corte considera que mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia.”

La sentencia de tutela, en contraste, ordenó al Ministerio de Salud regular “el derecho fundamental a morir dignamente”. Entre las medidas adoptadas ordenó regular la conformación de comités interdisciplinarios en todas las instituciones prestadoras de salud y la creación de protocolos médicos para realizar el procedimiento de la eutanasia. De forma paralela, la sentencia reiteró el exhorto al Congreso, pero fijó una serie de parámetros para la regulación de la eutanasia, que a mi modo de ver interfieren la libertad legislativa e

irrespetan el principio de separación de poderes.

Adicionalmente, estimo que la función de revisión de tutelas difícilmente puede incluir la competencia de dar órdenes relativas al de ejercicio de potestad reglamentaria en materias como la regulación de derechos fundamentales, sin que medie una ley estatutaria a reglamentar. En la Sentencia T-970 de 2014, la Corte no era competente para emitir una orden de reglamentación al Gobierno nacional sobre un tema como el derecho a la vida humana, que debe ser considerado por el legislador y ser regulado por una ley estatutaria. Debe tenerse en cuenta que estas órdenes se emiten sin consideración a las competencias constitucionales de las demás ramas del poder público, sin la suficiente legitimidad democrática y en total irrespeto al principio de separación de poderes.

En tercer lugar, la Sentencia T-970 de 2014 convirtió la eutanasia en una obligación absoluta para todas las entidades prestadoras de salud. Esto último generó que el Ministerio de Salud, a través de la Resolución 1216 de 2015, impusiera a todas las IPS la obligación de tener personal médico no objetor, sin considerar la situación de las instituciones que prestan el servicio a la salud a la luz de un ideario ético religioso, las cuales se encuentran amparadas por el literal a) del artículo 14 de la Ley 133 de 1994, legislación de carácter estatutario por desarrollar el artículo 19 de la Constitución Política. Considero que no era jurídicamente necesario imponer esta restricción al derecho de fundar instituciones prestadoras del servicio de salud orientadas por ideales ético religiosos. La Resolución que fue expedida en cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia de tutela no contempla la posibilidad de objetar la realización de la eutanasia, que deben tener las IPS que presentan un servicio de salud en desarrollo de una misión y un objeto ético religioso.

Así, estimo que la Sentencia T-970 de 2014, sobre la que se fundamentan las decisiones adoptadas en la Sentencia T-423 de 2017 de las que me aparto, además de no constituir un

precedente vinculante, realizó consideraciones modificatorias de la posición jurisprudencial establecida por la Sala Plena de la Corte y motivó la emisión de un acto administrativo (Resolución 1216 de 2015) que contempla regulaciones que deben ser objeto de debate en el Congreso de la República, como máximo órgano de representación del pueblo. El derecho a la vida como condición previa y esencial de los demás derechos no puede ser restringido por medios de naturaleza simplemente reglamentaria en el marco de un Estado democrático y pluralista.

Finalmente, no estoy de acuerdo con la conclusión de la Sentencia T-423 de 2017 sobre la presunta responsabilidad del Ministerio de Salud y de la Superintendencia de Salud en el caso de Sofía. No hay claridad de un nexo causal entre las obligaciones legales de estas autoridades y la omisión en la que supuestamente incurrieron en el caso concreto. De una lectura de los hechos del caso, se encuentra que no hay evidencia suficiente para establecer que el Ministerio incurrió en una omisión específica frente a la situación concreta de Sofía. Por su parte, tampoco hay claridad sobre la responsabilidad de la Superintendencia, toda vez que en las instancias ordinarias de la acción constitucional, ésta entidad no fue siquiera vinculada y en sede de revisión contestó a los requerimientos del magistrado ponente, advirtiendo que no había tenido conocimiento del asunto. El análisis de la presunta responsabilidad de estas entidades que se hace en la sentencia es general y abstracto, y no relacionado con los hechos del caso de Sofía, y no toma en consideración las verdaderas competencias legales y reglamentarias de las entidades administrativas mencionadas.

En los anteriores términos aclaro y salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada