



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Mayer Lux, Laura

Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVII, 2011, pp. 371-413

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173622791009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA\* [“Patient Autonomy and Medical Criminal Liability”]

LAURA MAYER LUX\*\*

### RESUMEN

El trabajo plantea, que dentro de los principios que rigen el actuar médico, el principio de autonomía del paciente goza de mayor fuerza vinculante. Presupuesto del ejercicio de dicha autonomía es la entrega de información veraz, oportuna, completa y adecuada de parte del médico tratante. Manifestación de su existencia es la punibilidad de las intervenciones

### ABSTRACT

This article puts forward that, within the principles ruling the medical actions, the most legally binding principle is the patient's autonomy principle, which is based on the fact that the attending doctor delivers truthful, timely, complete and thorough information. This autonomy is evidenced by the fact that medical surgeries that affect the physical integrity or the

---

\* ABREVIATURAS: BGB. = *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán); BGHSt. = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (Sentencias del BGH en materia penal, citadas por volumen y página); RGSt. = *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (Sentencias del RG en materia penal, citadas por volumen y página); StGB. = *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán).

TRADUCCIONES del nombre de ciertos órganos alemanes: BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán); Oberlandesgericht (Tribunal Supremo Regional alemán); RG = Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich).

\*\* Abogada, estudiante de doctorado de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, becaria DAAD-CONICYT. Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt N° 1090195 “Protección penal de la vida humana: estudio dogmático y crítico”, dirigido por la profesora M. Magdalena Ossandón Widow, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agradezco a la magíster y alumna de doctorado Inés Fernandes Godinho (Universidad de Coimbra), por sus valiosos comentarios y observaciones.

médicas que afecten la integridad corporal o la salud o, incluso, la vida del paciente, que no cuenten con el consentimiento del mismo, así como la cancelación del fundamento de la antinormatividad de la eutanasia, cuyo concepto, clasificación y requisitos se desarrollan. Manifestación adicional de su existencia es la expresión de voluntades anticipada o testamento vital, cuya propuesta legislativa en el ordenamiento jurídico chileno se aborda.

#### PALABRAS CLAVE

Consentimiento – Negligencia médica – Eutanasia - Homicidio a requerimiento - Expresión de voluntades anticipada - Testamento vital.

health or even the patient's life, without the patient's consent, as well as the cancellation of the basis of the regulations against euthanasia - concept, classification and requirements of which are developed - are punishable. This autonomy is also evidenced by the early expression of will or living will, legislative proposal of which in the Chilean legal system will be addressed.

#### KEYWORDS

Consent – Medical negligence – Euthanasia – Requested homicide – Early expression of will – Living will.

[RECIBIDO el 26 de septiembre y ACEPTADO el 15 de diciembre de 2011].

## I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACTUAR MÉDICO Y RESPONSABILIDAD PENAL QUE ACARREA SU INFRACCIÓN<sup>1</sup>

El actuar médico y, en particular, las intervenciones en la integridad corporal o en la salud de los pacientes, que incluso puedan implicar un riesgo para sus vidas, se encuentra regido por una serie de principios. Los principios reconocidos tradicionalmente por la ética médica, y cuya observancia o infracción puede tener relevancia para el Derecho penal, son el principio de autonomía del paciente, el principio de no dañar al paciente y el principio de bienestar del paciente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Los casos de responsabilidad penal del médico pueden extenderse a muchos otros ámbitos diversos de los que aquí pasarán a abordarse. Así, por ejemplo, el Código Penal chileno contempla figuras que establecen como sujeto activo al médico o a quien ilegalmente ejerce como tal, como los crímenes y simples delitos contra la salud pública (artículo 313 a ss. CP).

<sup>2</sup> Dichos principios se basan en el trabajo de BEAUCHAMP, Tom L. - CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics* (4<sup>a</sup> edición, New York, Oxford, Oxford University Press, 1994), pp. 120 ss. Estos autores agregan el principio de justicia (cfr. pp. 326 ss. de la citada obra), cuyo contenido se aleja de las consideraciones que son objeto del presente análisis.

### *1. El principio de autonomía del paciente.*

El principio de autonomía o de respeto de la autonomía del paciente supone la capacidad de las personas de decidir o, desde la perspectiva del Derecho penal, de consentir reflexiva e independientemente sobre la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que afecten su integridad corporal o salud<sup>3</sup>, sin verse sujetas a controles o influjos externos<sup>4</sup> diversos de la voluntad del paciente mismo. Desde un punto de vista más amplio, el principio de autonomía del paciente implica la facultad de éste de determinarse a sí mismo o autodeterminarse en el ámbito sanitario. Las decisiones que el paciente tome en cuanto a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que incidan en su integridad corporal o salud son personalísimas, sólo le incumben a él<sup>5</sup> y no pueden ser impuestas por terceras personas, ni siquiera en caso de encontrarse indicadas de acuerdo con la ciencia médica.

El reconocimiento de este principio implica a su vez un reconocimiento de la relevancia normativa general de la autonomía del individuo y pone de relieve el valor de su independencia frente a las autoridades públicas o privadas, incluidos los facultativos<sup>6</sup>. Su fundamento se encuentra en la Constitución, principalmente a través de la consagración de la libertad “*en dignidad y derechos*” de que es titular la persona (artículo 1 CPol.), del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 CPol.), del respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4 CPol.), de la libertad de conciencia (artículo 19 N° 6 CPol.) y del derecho a la libertad personal (artículo 19 N° 7 CPol.)<sup>7</sup>. Su fundamento también se encuentra

<sup>3</sup> Se hace énfasis en la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que afecten la integridad corporal o la salud del paciente, pues son imaginables intervenciones médicas que, desde un punto de vista penal, queden fuera de dicho concepto, por ejemplo, colocar vendajes, medir la presión arterial, etc. Atendida la falta de relevancia penal de dichas intervenciones para el bien jurídico integridad corporal o salud, su realización sin el consentimiento del paciente en principio no puede ser castigada a título de lesiones, sin perjuicio de la aplicación de otros tipos penales.

<sup>4</sup> Cfr. en ese sentido QUANTE, Michael - VIETH, Andreas, *Welche Prinzipien braucht die Medizinethik? Zum Ansatz von Beauchamp und Childress*, en DÜWELL, Marcus - STEIGLEDER, Klaus (editores), *Bioethik* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2003), p. 137.

<sup>5</sup> Cfr. SCHNEIDER, Christian, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung* (Berlin, Duncker & Humblot, 1997), p. 226. Lo sosteniendo es sin perjuicio de supuestos excepcionales de “tratamientos médicos obligatorios”, impuestos en interés de otras personas, como las medidas sanitarias para impedir epidemias. Cfr. al efecto HERNÁNDEZ, Héctor, *Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado*, VI (Santiago, Universidad Diego Portales, 2010), p. 172.

<sup>6</sup> Véase en ese sentido QUANTE, Michael - VIETH, Andreas, cit. (n. 4), p. 137.

<sup>7</sup> Cfr. en esa línea, si bien con ciertos matices a propósito del Derecho español,

en las normas penales de las cuales puede desprenderse la disponibilidad jurídica<sup>8</sup> de ciertos bienes jurídicos para su titular<sup>9</sup>, como ocurre con la integridad corporal<sup>10</sup> y la salud o incluso con el bien jurídico vida<sup>11</sup>. Estos bienes jurídicos deben ser entendidos en el sentido constitucional del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, respectivamente. Dichos derechos, en

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, *El rechazo y la interrupción del tratamiento de sopor-te vital en el derecho español*, en *InDret 2/2009*, p. 4 [visible en internet: [http://www.indret.com/pdf/620\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/620_es.pdf)]. Cfr. asimismo NOLL, Peter, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten* (Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1955), pp. 74 s., quien vincula el efecto excluyente del injusto penal que tendría el consentimiento con la libertad individual. En sentido análogo DÖLLING, Dieter, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1984), p. 84, p. 91.

<sup>8</sup> Aquí no se pone en entredicho la indisponibilidad religiosa o moral de la vida, pero dicha indisponibilidad religiosa o moral de la vida no permite fundamentar la norma penal estatal. Cfr. al efecto SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Das Recht auf den eigenen Tod – zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1986), p. 340.

<sup>9</sup> Puesto que bienes jurídicos como la integridad corporal o la salud son intereses personalísimos, el titular de los mismos no puede delegar su disponibilidad en un tercero. Cfr. en ese sentido JAKOBS, Günther, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, en *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte* (1998) 2, p. 15.

<sup>10</sup> Enfático WEBER, Ulrich, § 6 *Verletzung des Rechtsguts „körperliche Integrität“*, §§ 223 ff., und *Nebenstrafrecht*, en ARZT, Gunther - EL MISMO - HEINRICH, Bernd - HILGENDORF, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil* (2<sup>a</sup> edición, Bielefeld, Giesecking, 2009), número marginal 27. Véase asimismo LENCKNER, Theodor y STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Vor §§ 32 ff.*, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar* (28<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010), número marginal 33. Con todo, en el Derecho penal alemán, la disponibilidad absoluta de la integridad corporal se encontraría relativizada en virtud de la existencia del § 228 StGB, según el cual, quien efectúa una lesión corporal con el consentimiento de la persona lesionada actúa antijurídicamente si, pese al consentimiento, el hecho atenta contra las buenas costumbres. Cfr. al efecto PAEFFGEN, Hans-Ullrich, § 228, en KINDHÄUSER, Urs - NEUMANN, Ulfrid - EL MISMO (editores), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3<sup>a</sup> edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), II, número marginal 8. Una norma como la indicada es inconstitucional, tanto por la vaguedad de la noción de buenas costumbres (cfr. GEPPERT, Klaus, *Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 83 [1971], p. 954), razón por la cual resulta incompatible con el principio de legalidad en materia penal, pero también porque pretende la tutela de un interés – las “buenas costumbres” – de rango inferior al de autonomía.

<sup>11</sup> Cfr. DE FARIA COSTA, José, *O fim da vida e o direito penal*, en EL MISMO, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia* (Coimbra, Coimbra Editora, 2005), p. 125. Véase también JAKOBS, Günther, cit. (n. 9), p. 15. La disponibilidad que aquí se afirma es la establecida respecto del propio titular del bien jurídico, no así, respecto de terceros. Respecto de ellos, la vida del paciente es, efectivamente, indisponible.

cuantos tales, se encuentran establecidos en interés de su titular. Ello no es sino una consecuencia de su consagración normativa como derechos y no como deberes u obligaciones.

Desde la perspectiva del médico, su intervención en la integridad corporal o en la salud del paciente sólo será legítima, si cuenta con el consentimiento del mismo, cuya manifestación a su vez supone que el paciente sea debidamente informado sobre los alcances de la intervención médica de que se trate. Desde un punto de vista penal, estaremos ante una intervención médica punible en aquellos supuestos en que el médico hubiese intervenido al paciente sin su consentimiento, no obstante haya sido posible su obtención, o bien, en aquellos casos en que el médico hubiese intervenido al paciente estando su consentimiento viciado<sup>12</sup>.

Desde la perspectiva del paciente, para que él pueda actuar de manera autónoma en lo que atañe a su integridad corporal o salud o incluso a su vida, debe tener acceso a información veraz, oportuna, completa y adecuada<sup>13</sup> de parte del médico tratante<sup>14</sup>. Para que el paciente pueda consentir y asumir las consecuencias previsibles del tratamiento médico que se le va a aplicar, debe

---

<sup>12</sup> Cfr. SCHROTH, Ulrich, *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab*, en ROXIN, Claus – EL MISMO (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4<sup>a</sup> edición, Stuttgart, Boorberg, 2010), p. 23. Véase también para la discusión CANCIO MELIÁ, Manuel, *Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung*, en HEINRICH, Manfred - JÄGER, Christian - ACHENBACH, Hans - AMELUNG, Knut - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - SCHÜNEMANN, Bernd - WOLTER, Jürgen (editores), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), I, pp. 513 ss. De más está decir, que las intervenciones médicas contra la voluntad del paciente también constituyen lesiones punibles.

<sup>13</sup> De ahí que ROMEO CASABONA, Carlos María, *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, (Arequipa, Adrus, 2004), II, pp. 5 s. y 21, aluda al “consentimiento informado” del paciente.

<sup>14</sup> En particular, a propósito de la entrega de información errónea e incompleta de parte del médico tratante, la jurisprudencia y doctrina alemanas han planteado como causal de justificación el denominado “consentimiento hipotético”, el cual excluiría el castigo penal del médico (por lesiones corporales). Según esta tesis, el médico sólo resultaría castigado en caso de que el paciente, pese a la entrega de información correcta y completa, de todas formas hubiese rechazado el tratamiento curativo en cuestión. Cfr. a favor de este planteamiento, por todos, KUHLEN, Lothar, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, en SCHÜNEMANN, Bernd - ACHENBACH, Hans - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - RUDOLPHI, Hans-Joachim (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2001), pp. 332 ss. Crítica de esta teoría, en cambio y con razón, PUPPE, Ingeborg, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3. 3. 1994 und 29. 6. 1995*, en *Golddammer's Archiv für Strafrecht* (2003), pp. 764 ss.

conocer y comprender los alcances de la intervención en cuestión<sup>15</sup>, lo cual implica, entre otras cosas, el deber del médico de brindarle información mediante un lenguaje comprensible de acuerdo a sus circunstancias<sup>16</sup>, así como de cerciorarse de que dicha información efectivamente fue comprendida por el paciente. Que un paciente concreto conozca y comprenda los alcances de la intervención médica de que se trate no depende sólo de su edad<sup>17</sup>, sino que más bien de las circunstancias concretas del caso<sup>18</sup>. El conocimiento y comprensión de los alcances de la intervención médica supone, entre otras cuestiones, la entrega de información sobre las competencias profesionales del médico que realiza la intervención curativa de que se trate<sup>19</sup>, la terapia a aplicar, sus posibles riesgos<sup>20</sup> para la salud o incluso para la vida del paciente<sup>21</sup>, los efectos secundarios para la capacidad de trabajo o para la apariencia física del paciente<sup>22</sup> y, en general, sobre todas aquellas circunstancias que, según el caso, puedan considerarse objetivamente relevantes para el otorgamiento del consentimiento de parte del afectado<sup>23</sup>. El consentimiento del paciente

---

<sup>15</sup> Cfr. en esa línea NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I, p. 392. Cfr. asimismo, desde una perspectiva más general, GEPPERT, Klaus, cit. (n. 10), p. 954.

<sup>16</sup> Cfr. en el mismo sentido el artículo 24 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008.

<sup>17</sup> En ese sentido, el artículo 27 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile de 2008 establece: “*La opinión del menor de edad deberá ser considerada, atendiendo a su edad y grado de madurez*”. Cfr. en la misma línea NEUMANN, Ulfrid, § 216, en KINDHÄUSER, Urs - NEUMANN, Ulfrid, - PAEFFGEN, Hans-Ullrich (editores), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), II, número marginal 14, a propósito del homicidio a requerimiento.

<sup>18</sup> Cfr. LENCKNER, Theodor, *Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72 (1960), p. 458.

<sup>19</sup> Cfr. en esa línea el artículo 24 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008.

<sup>20</sup> Cfr. en ese sentido los artículos 24 y 25 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008, que aluden a “riesgo” en términos generales, sin limitarse exclusivamente a riesgos para la salud del paciente.

<sup>21</sup> Cfr. en ese sentido la sentencia del Bundesgerichtshof en Bundesgerichtshof St. 12, p. 379 (p. 383), que alude al deber del médico de informar al paciente sobre la “cifra de mortalidad” de la intervención médica de que se trate, por ejemplo, en caso de una cirugía.

<sup>22</sup> Cfr. en ese orden de ideas ENGISCH, Karl, *Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, en STICH, R. - BAUER, K. H. (editores), *Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen* (Jena, Veb Gustav Fischer Verlag, 1958), II, p. 1526.

<sup>23</sup> Cfr. en esa línea la sentencia del Oberlandesgericht Hamburg de 19 de noviembre de 1974 en *Neue Juristische Wochenschrift* (1975), p. 603 (p. 604). En el mismo sentido ENGISCH, Karl, cit. (n. 22), II, p. 1526. Véase asimismo, desde una perspectiva más amplia TENTHOFF, Christian, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips* (Berlin, Duncker & Humblot, 2008), p. 102.

sólo tendrá validez jurídica si es otorgado de manera informada y en forma libre<sup>24</sup>, sin mediar vicios como error o coacción<sup>25</sup> y siempre que sea prestado por el paciente o, en su defecto, por su representante legal<sup>26</sup>, con anterioridad a la realización del acto médico de que se trate<sup>27</sup>. El consentimiento del paciente sólo cubrirá aquellas intervenciones médicas respecto de las cuales pueda sostenerse que existe un consentimiento informado y exento de vicios. De no ser ese el caso, la intervención médica resultará punible, ya sea en su totalidad, o bien en el exceso respecto del cual no exista un consentimiento informado y exento de vicios.

En virtud del principio de autonomía, el paciente puede rechazar someterse a una intervención médica aun sin expresión de motivo<sup>28</sup>. El médico no

---

<sup>24</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, cit. (n. 13), II, p. 21. A su juicio, dichas características del consentimiento no se rompen por el hecho de que el paciente renuncie a la información y preste, pese a ello, su consentimiento. Este supuesto es denominado el derecho a no saber, por ejemplo, respecto de enfermedades graves e incurables o infecto-contagiosas. Cfr. para ello la p. 39 de la obra citada. El mismo principio se encuentra establecido en el artículo 24 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile de 2008, según el cual, deberá respetarse la voluntad del paciente de no ser informado.

<sup>25</sup> Cfr. RÍOS, Jaime, *El consentimiento en materia penal*, en *Política criminal*, 1 (2006), A6, p. 12 [visible en internet: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf)]. Véase también NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 15), I, p. 392, con especial referencia al vicio de error.

<sup>26</sup> Así también el artículo 24 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile de 2008, según el cual, deberá ser respetada la voluntad del paciente “*de delegar en otra persona la información*”.

<sup>27</sup> Cfr. desde una perspectiva más general GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General* (4<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II, p. 164; y GEPPERT, Klaus, cit. (n. 10), p. 954. Sólo en caso de que la obtención del consentimiento no sea posible (cfr. en esa línea la sentencia del Bundesgerichtshof en Bundesgerichtshof St .16, p. 309 [p. 312]) y que de la falta de intervención médica pueda derivarse un mal mayor para el paciente (por ejemplo, si peligra su vida, cfr. al efecto Bundesgerichtshof St. 12, p. 379 [p. 382]), el médico puede intervenir al paciente en base a su consentimiento presunto, construcción que PUPPE, Ingeborg, *La justificación de la intervención médica curativa*, en *InDret 1/2007*, p. 4 [visible en internet: [http://www.indret.com/pdf/404\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/404_es.pdf)] califica como un caso especial de estado de necesidad. A juicio de ROMEO CASABONA, Carlos María, cit. (n. 13), II, pp. 48 ss., los únicos casos en los cuales la actuación médica que afecta la integridad corporal o la salud y que no cuente con el consentimiento del paciente seguirá siendo lícita y, consiguientemente, no punible, son aquellos en los cuales o bien su otorgamiento es irrelevante por hallarse en juego intereses colectivos superiores o bien su otorgamiento –por sí o por terceros autorizados– no es posible y de esperar a obtenerlo se produciría un mal mayor.

<sup>28</sup> Cfr. SCHNEIDER, Christian, cit. (n. 5), p. 228.

está facultado a evaluar las razones del paciente que rechaza someterse a una determinada intervención<sup>29</sup>, pero está obligado a informarle las consecuencias médicas que puedan derivarse de su negativa<sup>30</sup>. A fin de cuentas, el ejercicio de la autonomía supone estar informado también sobre las posibles consecuencias –eventualmente dañinas– para la integridad corporal o la salud o incluso para la vida del paciente, que pueda acarrear la negativa a someterse a una determinada intervención en el ámbito sanitario.

Fuera del atentado contra la ética médica que pueda implicar la contravención del principio de autonomía del paciente<sup>31</sup>, en caso de que el médico tratante intervenga a un paciente sin su consentimiento o estando su consentimiento viciado, su inobservancia puede acarrear, asimismo, responsabilidad penal para el facultativo<sup>32</sup>. No obstante existir coincidencia en cuanto a los efectos del consentimiento del paciente respecto de una intervención médica que afecta su integridad corporal o salud, a saber, excluir la sanción penal del médico tratante, no existe consenso en cuanto al fundamento y a la naturaleza jurídica del consentimiento en este contexto.<sup>33</sup>. Para la jurisprudencia penal

---

<sup>29</sup> Cfr. en ese sentido ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, cit. (n. 7), p. 11. Véase asimismo la sentencia del Bundesgerichtshof en *BGHSt.*, 11, p. 111 (p. 114), según la cual, nadie puede juzgar bajo qué condiciones una persona razonablemente ha de mostrarse dispuesta a sacrificar su integridad corporal a fin de recuperar su salud. En sentido análogo ya se pronunciaba el fallo del Reichsgericht alemán en *RGSt.*, 25, p. 375 (p. 378). Cfr. asimismo GEILEN, Gerd, *Euthanasie und Selbstbestimmung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1975), p. 8, a juicio del cual, la decisión del paciente respecto del rechazo de un determinado tratamiento médico ha de ser respetada incluso cuando aparezca como abiertamente “irracional”. En la misma línea ROXIN, Claus, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, en EL MISMO - SCHROTH, Ulrich (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4<sup>a</sup> edición, Stuttgart, Boorberg, 2010), pp. 92 s., quien sostiene que debe respetarse la voluntad del paciente aun cuando ello resulte “irresponsable” a juicio del médico.

<sup>30</sup> Así, el artículo 28 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008.

<sup>31</sup> Ello se desprende del artículo 25 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008, según el cual: “*Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente*”.

<sup>32</sup> Cfr., fundado en la vulneración del derecho constitucional (español) a la integridad física y psíquica (o “moral”), ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, cit. (n. 7), p. 11. Véase asimismo ARZT, Gunther, § 216 *Sterbehilfe, Selbstmord*, en EL MISMO - WEBER, Ulrich - HEINRICH, Bernd - HILGENDORF, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil* (2<sup>a</sup> edición, Bielefeld, Giesecking, 2009), número marginal 7; y ENGISCH, Karl, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, en JESCHECK, Hans-Heinrich - LÜTTGER, Hans (editores), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 1977), p. 322.

<sup>33</sup> Para el estado de la discusión en la dogmática chilena cfr. HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 5), pp. 168 ss.

alemana<sup>34</sup>, así como para parte de la doctrina alemana<sup>35</sup>, toda intervención médica que afecte la integridad corporal del paciente –independientemente de su éxito o fracaso, de si es correcta o defectuosa– es una lesión corporal típica que, sin embargo, puede resultar justificada, en caso de concurrir el consentimiento del paciente<sup>36</sup>. A juicio de la doctrina alemana mayoritaria, en cambio, las intervenciones médicas no constituyen lesiones corporales típicas<sup>37</sup>. Esta tesis parte de la base, con más o menos matices, de que las intervenciones médicas no deben ser valoradas en base a la acción objetiva que realiza el facultativo, sino que de acuerdo con el sentido social que tiene el tratamiento médico de una persona enferma<sup>38</sup>, que en ningún caso es el de una lesión corporal<sup>39</sup>. En cuanto a los requisitos que debe cumplir la intervención

<sup>34</sup> Cfr. fundamentalmente *RGSt.*, 25, p. 375 (p. 378); en el mismo sentido *BGHSt.*, 11, p. 111 (p. 112) y *BGHSt.*, 43, p. 306 (pp. 308 s.), así como la sentencia del Bundesgerichtshof de 29 de junio de 1995 en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1996), p. 34 (p. 35), del Oberlandesgericht Hamburg de 19 de noviembre de 1974 en *Neue Juristische Wochenschrift* (1975), p. 603 (p. 604) y del Oberlandesgericht Hamm de 18 de diciembre de 1962 en *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1963), p. 520.

<sup>35</sup> Cfr. BAUMANN, Jürgen, *Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?* en *Neue Juristische Wochenschrift* (1958), p. 2093; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (58<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2011), § 223, números marginales 12 s.; WEBER, Ulrich, cit. (n. 10), número marginal 99.

<sup>36</sup> Con todo, en general, en caso de que no pueda obtenerse el consentimiento del paciente, por ejemplo, porque aquél se encuentra inconsciente, y que la intervención médica que afecte la integridad corporal del mismo sea valorada como necesaria, bastaría con un consentimiento presunto. Cfr. en ese sentido BOLLACHER, Florian y STOCKBURGER, Jochen, *Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung*, en *Juristische Ausbildung* (2006), p. 911. Cfr. asimismo en la jurisprudencia alemana *BGHSt.*, 35, p. 246 (p. 249). El análisis de la necesidad de la afectación de la integridad corporal implica una ponderación de intereses. Así, por ejemplo, puede considerarse como necesaria la amputación de una pierna de una paciente que está inconsciente como forma de salvarle la vida. Cfr. en ese sentido RÍOS, Jaime, cit. (n. 25), p. 14.

<sup>37</sup> Cfr. al efecto, solamente, ESER, Albin y STERNBERG-LIEBEN, Detlev, § 223, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar* (28<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010), número marginal 30.

<sup>38</sup> Cfr. en ese sentido NIESE, Werner, *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff*, en BOCKELMANN, Paul - GALLAS, Wilhelm (editores), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961), pp. 364 s.; SCHMIDT, Eberhard, *Comentario de la sentencia del BGH de 28 de noviembre de 1957*, en *Juristische Rundschau* (1958), p. 226; ULSHENHEIMER, Klaus, § 138, en LAUFS, Adolf - KERN, Bernd-Rüdiger (editores), *Handbuch des Arztrechts* (4<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010), número marginal 5.

<sup>39</sup> El texto del § 223 StGB. también se manifestaría en este sentido, pues concibe a las lesiones corporales, no como una “intervención corporal”, sino que como un “maltrato” o “daño” corporal, cuestión que poco tendría que ver con el “sentido” de una actuación médica curativa.

médica para que no sea considerada típicamente como lesión corporal, los seguidores de este planteamiento se encuentran, sin embargo, divididos: para la teoría del resultado, debe distinguirse entre acciones exitosas y no exitosas. Si la intervención médica es exitosa, no debe quedar subsumida dentro del tipo de lesiones corporales, atendido a que no se habría producido una lesión de la salud del paciente, en todo caso, si se considera la intervención médica en su conjunto<sup>40</sup>. Es decir, para determinar si existe o no una lesión corporal no deben considerarse los actos médicos por separado (como inyecciones, cortes, amputaciones, etc.), sino que el resultado total sobre la salud, cuyo bienestar se ha visto, sino aumentado, al menos mantenido. En cambio, si la intervención médica fracasa, esto es, si implica que el paciente se halle en un estado de salud peor al que tendría sin la intervención del médico, sí existiría una lesión corporal típica que, sin embargo, podría quedar justificada en caso de que concurra el consentimiento del paciente<sup>41</sup>. Problemático de este planteamiento es, por una parte, la compleja determinación del concepto de resultado total o global sobre la salud que pueda tener una intervención curativa<sup>42</sup>, por ejemplo, tratándose de pacientes que son intervenidos durante un largo periodo de tiempo. Problemático de este planteamiento es, por otra parte, que sólo asigna valor al consentimiento del paciente como causal de justificación respecto de intervenciones médicas fallidas, no así respecto de intervenciones médicas exitosas no consentidas, cuestión que contraviene el principio de autonomía del paciente.

Para la teoría de la intervención médica de acuerdo a la *lex artis*, toda intervención médica llevada a cabo de acuerdo con la *lex artis* médica, independientemente de su éxito o fracaso, no es penalmente típica, puesto que una intervención médica llevada a cabo de manera correcta y tendiendo al

---

<sup>40</sup> Cfr. en esa línea BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes* (Stuttgart, Georg Thieme Verlag, 1968), p. 67; HARDWIG, Werner, *Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes*, en *Golddammer's Archiv für Strafrecht* (1965), pp. 162 ss.; MAURACH, Reinhardt, SCHROEDER, Friedrich-Christian y MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte* (10<sup>a</sup> edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2009), I, § 8, número marginal 24.

<sup>41</sup> Esta formulación del consentimiento como causal de justificación es apoyada por la doctrina alemana mayoritaria. Según dicha posición, la lesión de un bien jurídico se encuentra en principio prohibida y sólo excepcionalmente autorizada en virtud del consentimiento del ofendido. Cfr. en ese sentido, por ejemplo, AMELUNG, Knut - EYEMANN, Frieder, *Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, en *Juristische Schulung* (2001), pp. 938 s.; MITSCH, Wolfgang, § 17 Rechtfertigungsgründe, en BAUMANN, Jürgen - WEBER, Ulrich - EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11<sup>a</sup> edición, Bielefeld, Giesecking, 2003), números marginales 93 ss.; FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2009), 13/3.

<sup>42</sup> Cfr. en esa línea SCHNEIDER, Christian, cit. (n. 5), pp. 233 s.

restablecimiento del bienestar corporal del paciente constituye, precisamente, lo opuesto de una lesión corporal en el sentido de una lesión de la salud<sup>43</sup>. Problemático de este planteamiento es que la ausencia de consentimiento respecto de intervenciones médicas llevadas a cabo de acuerdo con la *lex artis* médica sólo adquiere relevancia penal en la medida en que exista un tipo delictivo concreto que sancione penalmente las denominadas intervenciones médicas arbitrarias, como ocurre en el Derecho penal austriaco<sup>44</sup> y en el Derecho penal portugués<sup>45</sup>. Aquí radica la gran objeción que puede formulársele a dicha variante de la doctrina alemana: en los ordenamientos jurídicos en que no existe un tipo que castigue las intervenciones médicas de acuerdo con las prescripciones (técnicas) del arte médico pero que no cuenten con el consentimiento del paciente, deberá concluirse necesariamente la impunidad del médico, cuestión que resulta incompatible con el principio de autonomía del paciente<sup>46</sup>.

Otra forma de enfrentar la punibilidad de las intervenciones médicas que incidan sobre la integridad corporal o la salud del paciente, pasa por concebir al consentimiento como razón de cancelación de la norma prohibitiva de lesiones<sup>47</sup>. Dicha tesis, cuyos alcances no se limitan al ámbito de las actuaciones

<sup>43</sup> Véase en ese orden de ideas ENGISCH, Karl, *Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58 (1939), p. 5; y NIESE, Werner, cit. (n. 38), pp. 364 s. Véase asimismo: POLITOFF, Sergio - GRISOLÍA, Francisco - BUSTOS, Juan, *Derecho penal, Parte especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2006), p. 273.

<sup>44</sup> Cfr. al efecto el § 110 del Código Penal Austriaco.

<sup>45</sup> Véase el artículo 150 en relación con el artículo 156 del Código Penal portugués.

<sup>46</sup> También crítico de la doctrina chilena HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 5), pp. 171 s.: “[L]a pretensión de legitimidad general de las intervenciones médicas por el simple hecho de estar desde un punto de vista técnico indicadas y de ser ejecutadas de modo técnicamente correcto, en un contexto en que lo técnico y lo correcto se define en términos que son patrimonio privativo de los facultativos, sólo puede entenderse desde una visión paternalista y hasta autoritaria del estatus y de la función social de la profesión médica, que no se limita a reconocerle a quienes la profesan una innegable superioridad de conocimiento en lo pertinente, sino que además les concede un derecho de decisión sobre el cuerpo y la salud del paciente”.

<sup>47</sup> Para más detalles sobre dicho planteamiento, así como para las críticas de la ordenación sistemática del consentimiento como criterio de atipicidad o como causal de justificación cfr. KINHDÄUSER, Urs, *Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho penal*, en EL MISMO, *Teoría de las normas y sistemática del delito* (Lima, Ara Editores, 2008), pp. 32 ss. y pp. 13 ss. respectivamente. Cabe hacer presente que las consecuencias que dicho autor extrae a propósito de la aplicación de la tesis indicada a los supuestos de provocación de la muerte de una persona por mano ajena son diversas de las que aquí se plantean a propósito de la eutanasia activa directa (cfr. punto I. 3.). Respecto del consentimiento como causal de cancelación del funda-

médicas, supondría en dicho contexto, que las intervenciones médicas que afecten la integridad corporal o la salud (inyecciones, cortes, amputaciones, etc.) realizadas sin el consentimiento del paciente, independientemente de su éxito o fracaso global o de su adecuación o no a la *lex artis* médica, constituyen lesiones punibles contra su integridad corporal o salud. Sin embargo, el fundamento de dicha prohibición quedaría cancelado en caso de concurrir el consentimiento del paciente. De esta forma, el médico siempre se movería en el terreno de lo lícito, pues la prohibición respectiva de lesionar sólo valdría bajo el supuesto de que la intervención corporal respectiva fuese llevada a cabo sin el consentimiento del paciente<sup>48</sup>.

Los problemas que presenta la ordenación sistemática del consentimiento del paciente en relación con las intervenciones médicas que inciden en su integridad corporal o salud, también se plantean a propósito del ordenamiento jurídico chileno. En él, no obstante que algunos autores señalen que toda intervención realizada de acuerdo con las prescripciones (técnicas) del arte médico, haya o no consentimiento de parte del paciente, excluye el castigo penal a título de lesiones<sup>49</sup>, lo cierto es que sobre la base de las normas de nuestro *Código Penal*, atendida su amplitud<sup>50</sup>, puede sostenerse precisamente lo contrario. Es decir, que las intervenciones médicas que afecten la integridad corporal o la salud del paciente llevadas a cabo sin su consentimiento e independientemente de su éxito o fracaso global o de su conformidad o no a las prescripciones (técnicas) del arte médico, constituyen lesiones contra su integridad corporal o salud. Que el médico haya pretendido sanar o aliviar al paciente que no ha prestado su consentimiento o ha prestado un consentimiento viciado, no altera la valoración de su actuación como lesión corporal<sup>51</sup>. Mientras el ordenamiento jurídico chileno carezca de una norma

---

mento de la prohibición, ya DÖLLING, Dieter, cit. (n. 7), p. 84, anteriormente había sugerido una tesis en el sentido de la cancelación de la norma prohibitiva respectiva gracias al consentimiento, al afirmar, que el consentimiento de la víctima “cancela” la prohibición de actuar en un caso concreto. Su planteamiento, sin embargo, carece de mayor profundización y sistematización, limitándose a lo indicado.

<sup>48</sup> Así KINDHÄUSER, Urs, cit. (n. 47), pp. 33 s.

<sup>49</sup> Así POLITOFF, Sergio - GRISOLÍA, Francisco - BUSTOS, Juan, cit. (n. 43), p. 273. A juicio de estos autores, la norma especial del artículo 491 del Código Penal chileno no alude a la provocación de un mal a las personas por negligencia culpable, esto es, a un desempeño técnico inadecuado del facultativo. Sin embargo, el hecho de que dicha norma no resulte aplicable a los casos de intervenciones médicas (técnicamente) adecuadas sin el consentimiento del paciente, no implica que otras normas protectoras de la integridad corporal o de la salud no puedan ser aplicadas al médico tratante.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en virtud de la amplitud del artículo 399 CP. (lesiones menos graves), es posible llegar a dicha conclusión.

<sup>51</sup> En contra, sin embargo, KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Responsabilidad penal del acto*

que castigue penalmente las denominadas intervenciones médicas arbitrarias, debe dársele a los tipos penales que castigan las lesiones corporales la interpretación más acorde con el respeto de la autonomía del paciente en lo que dice relación con su incolumidad o intangibilidad corporal<sup>52</sup>. A la luz de dicho principio, las intervenciones médicas no consentidas que afecten la integridad corporal del paciente, independientemente de su adecuación a la *lex artis* médica, tendrán que considerarse como lesiones corporales punibles, precisamente, porque tienen incidencia en la integridad corporal o en la salud y normalmente conllevan un riesgo de empeoramiento de la salud e incluso un peligro para la vida del afectado.

## 2. *El principio de no dañar al paciente*

El principio de no dañar al paciente supone una prohibición de irrogarle menoscabos, tanto físicos como psíquicos al paciente<sup>53</sup>. Desde un punto de vista penal, quedan comprendidas dentro del término “menoscabo”, tanto las conductas que lesionen, como las que pongan en peligro la integridad corporal o la salud o incluso la vida del paciente. Su fundamento es constitucional y puede basarse principalmente en la dignidad de la persona (artículo 1 CPol.) y en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 número 1 CPol.), garantías que son tuteladas desde un punto de vista penal, principalmente a través de los tipos de homicidio y de lesiones corporales, tanto dolosos como culposos. El médico tratante que vulnera el principio de no dañar al paciente puede incurrir en los tipos comunes indicados, así como en el impreciso cuasidelito del artículo 491 CP., que castiga, entre otros, al médico “que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión”.

Desde un punto de vista penal, los casos en los cuales el médico infringe su deber de no dañar al paciente en lo que dice relación con su integridad corporal o salud o incluso con su vida, pueden dividirse en dos tipos de supuestos: primero, en aquellos casos en los cuales el médico tratante realiza una intervención médica dolosa que lesionara o pone en peligro la integridad

---

médico, en *Revista Chilena de Derecho*, 13 (1986) 2, p. 263 [visible en internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649574>], según el cual, “la intervención médica, llevada a cabo conforme a las reglas del arte y con finalidad curativa, no llena ningún tipo delictivo, aun en caso de resultado funesto, ya que es una acción que no ha perseguido lesionar o matar al enfermo”.

<sup>52</sup> En la misma línea GEILEN, Gerd, cit. (n. 29), p. 9, quien ha catalogado la equiparación de las intervenciones médicas con las lesiones corporales como una solución extrema y en cierta forma “el mal menor”, pero la construcción más acorde con la autonomía del paciente.

<sup>53</sup> Cfr. QUANTE, Michael - VIETH, Andreas, cit. (n. 4), p. 138.

corporal o la salud o incluso la vida del paciente. Las intervenciones médicas dolosas pueden ser de diversa índole, por ejemplo, intervenciones médicas dolosas que no cuenten con el consentimiento del paciente en orden a cancelar el fundamento de la norma prohibitiva de lesiones corporales. Asimismo, puede existir una intervención médica dolosa en aquellos casos en los cuales el médico tratante lleve a cabo –dolosamente– una intervención médica no indicada según la ciencia médica para el caso concreto de que se trate. En tal supuesto, para excluir el castigo penal del médico será necesario que el paciente, con anterioridad a la intervención médica de que se trate, hubiese sido informado de la no indicación de la misma y, pese a ello, la hubiese consentido<sup>54</sup>. De acuerdo con lo indicado precedentemente, la calificación del actuar del médico como lesiones dolosas no depende de que el facultativo haya actuado o no con una finalidad curativa. Por el contrario y a fin de interpretar dicho tipo penal en conformidad con el principio de autonomía del paciente, la punibilidad del actuar (doloso) del médico dependerá de la concurrencia del consentimiento informado y no viciado del paciente intervenido<sup>55</sup>. Finalmente, el médico puede infringir (dolosamente) su deber de no dañar al paciente, por ejemplo, en caso de omitir suministrar al enfermo los medios paliativos que resulten procedentes de acuerdo con la ciencia médica, omisión que también sería punible a título de lesiones<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. SCHROTH, Ulrich, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern*, en ROXIN, Claus - EL MISMO (editores), *Handbuch des Medizinstrechts* (4<sup>a</sup> edición, Stuttgart, Boorberg, 2010), p. 128.

<sup>55</sup> En contra, sin embargo, KÜNSEMÜLLER, Carlos, cit. (n. 51), p. 263. Cfr. asimismo: VARGAS PINTO, Tatiana, *La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, 17 (2010) 2, pp. 99-132 [visible en internet: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000200005&script=sci_arttext)], quien, en el resumen de dicho artículo (p. 99), sostiene que la finalidad curativa explica que las conductas dolosas llevadas a cabo por el médico sean excepcionales y que la responsabilidad penal médica se centre en el examen de la imprudencia.

<sup>56</sup> Cfr., respecto del Derecho alemán, CHATZIKOSTAS, Konstantinos, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2001), p. 25. Cfr. asimismo, POLITOFF L. - Sergio, MATÚS A. - Jean Pierre - RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 117, que si bien no se plantean el caso aquí propuesto, sí sostienen expresamente: “Al no limitar la ley los modos de comisión de esta figura [de lesiones] (como sí lo hace en los supuestos agravados), ha dejado abierta la posibilidad de castigar a título de *lesiones menos graves* la comisión por omisión de cualquier clase de lesión –con independencia de la gravedad del resultado–, siempre que se cumplan los requisitos de esta clase de delitos, básicamente: asunción efectiva de la posición de garante y equivalencia de la comisión con la omisión” (cursiva en el original).

Segundo, el médico infringe su deber de no dañar al paciente en lo que dice relación con su integridad corporal o salud o incluso con su vida, en aquellos casos en los cuales, con independencia de la concurrencia del consentimiento del paciente, el facultativo lleva a cabo una intervención sanitaria que no se adecua a las prescripciones técnicas de la ciencia médica. Dichos casos acarrearán, en principio, la responsabilidad penal del médico por lesiones culposas u homicidio culposo o, en otras palabras, por “negligencia médica” con resultado de lesiones o de muerte del paciente.

Dentro de los posibles defectos que pueden presentarse en una intervención médica negligente, pueden distinguirse, entre otros, los defectos en la intervención médica propiamente tal y los defectos en la organización médica. Los defectos en la intervención médica pueden presentarse en los diversos ámbitos en los cuales se desarrollan las actuaciones sanitarias que inciden en la integridad corporal o en la salud o incluso en la vida de los pacientes. Así, por ejemplo, pueden presentarse defectos en la examinación, la anamnesis, el diagnóstico, la medicación, la elección de las intervenciones médicas concretas que se llevarán a cabo o en la ejecución de dichas intervenciones<sup>57</sup>. Un tratamiento médico es defectuoso o negligente cuando aquél, objetivamente, no se encuentra indicado u objetivamente no es realizado de acuerdo con la ciencia médica, considerando las circunstancias del caso concreto al momento del tratamiento respectivo<sup>58</sup>. Para determinar la infracción del deber de no evitación del resultado lesivo sobre la integridad corporal o la salud o incluso sobre la vida del paciente, en este contexto, la jurisprudencia y doctrina alemanas recurren al estándar de un médico especialista con experiencia. Según este criterio, se exige, de acuerdo con una valoración *ex ante*, que el médico tratante actúe con los conocimientos y aptitudes exigibles a un médico especialista promedio, esto es, aquellos que satisfagan las exigencias de la praxis y la experiencia médicas según los conocimientos científicos existentes al momento de llevarse a cabo la intervención médica respectiva<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. SCHROTH, Ulrich, cit. (n. 54), p. 129.

<sup>58</sup> Cfr. en ese sentido ULSENHEIMER, Klaus, § 140, en LAUFS, Adolf - KERN, Bernd-Rüdiger (editores), *Handbuch des Arztrechts* (4<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010), número marginal 17.

<sup>59</sup> Véase en ese sentido la sentencia del Bundesgerichtshof en *NJW* (2000), p. 2754 (p. 2758). Cfr. asimismo FRISTER, Helmut, LINDEMANN, Michael - PETERS, Alexander, *Arztstrafrecht* (München, Beck, 2011), número marginal 82; QUAAS, Michael - ZUCK, Rüdiger, *Medizinrecht* (2<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2008), § 72: “Behandlungsvertrag und Strafrecht”, número marginal 6; STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Rationierung in der Medizin und strafrechtliche Haftung des Arztes*, en GEISLER, Claudius - KRAATZ, Erik - KRETSCHMER, Joachim - SCHNEIDER, Hartmut - SOWADA, Christoph (editores), *Festschrift für Klaus Gepert zum 70. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), pp. 726 ss.

El estándar de un médico especialista con experiencia es complementado con el denominado principio de confianza<sup>60</sup>. De acuerdo con dicho principio, en la medida en que no puedan advertirse defectos evidentes en el actuar de los demás facultativos que intervienen en el equipo de trabajo médico, cada facultativo tiene derecho a confiar en que sus demás colegas desarrollarán su trabajo cumpliendo con su deber de diligencia<sup>61</sup>. En cambio, si es que otro médico o el personal del centro asistencial incurre en un actuar negligente evidente, puede fundamentarse una responsabilidad conjunta del médico que lo advierta, en caso de que él no evite o, en su caso, ponga atajo, a la amenaza de riesgo sobre la integridad corporal o la salud o incluso sobre la vida del paciente<sup>62</sup>. En un caso como el descrito, ya no hay espacio para la invocación del principio de confianza por parte del médico que advierte la negligencia evidente de sus colegas o del personal del centro asistencial e incumple su deber de evitar o poner atajo al peligro sobre la integridad corporal o la salud o incluso sobre la vida del paciente<sup>63</sup>.

Los defectos en la organización médica parten de la base de la repartición del trabajo y, consecuentemente, de los ámbitos de competencia en los centros asistenciales como presupuesto de la atención sanitaria simultánea de un gran número de pacientes. En virtud de dicha organización del trabajo médico, es posible distinguir ámbitos profesionales de competencia, por ejemplo, del cirujano, del anestesista, etc., respecto de los cuales, puede fundamentarse la responsabilidad penal de un determinado facultativo<sup>64</sup>. Dichos ámbitos de competencia se basan principalmente en la formación

<sup>60</sup> Sobre el principio de confianza como fundamento de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad en los delitos imprudentes cfr. STERNBERG-LIEBEN, Detlev, § 15, en Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar* (28<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010), números marginales 148 y 151; y VOGEL, Joachim, § 15, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm - RISSING-VAN SAAN, Ruth - TIEDEMANN, Klaus (editores), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar* (12<sup>a</sup> edición, Berlin, De Gruyter Recht, 2007), número marginal 232, ambos con especial referencia a la aplicación del principio de confianza a los supuestos de división del trabajo en el ámbito sanitario. Cfr. asimismo VARGAS PINTO, Tatiana, cit. (n. 55), pp. 118 ss. y, desde una perspectiva más general, STRATENWERTH, Günter y KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Strafat* (5<sup>a</sup> edición, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004), § 15, Das fahrlässige Handlungsdelikt, números marginales 66 ss.

<sup>61</sup> Cfr. en ese sentido ULSHENHEIMER, Klaus, cit. (n. 58), número marginal 20.

<sup>62</sup> Cfr. en esa línea ULSHENHEIMER, Klaus, cit. (n. 58), número marginal 20.

<sup>63</sup> Cfr. en ese sentido PUPPE, INGEBORG, *División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica*, en *Indret* 4/2006, p. 2 [visible en internet: [http://www.indret.com/pdf/382\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf)], según la cual, “[s]i varios intervenientes han contribuido por igual a un daño mediante infracciones del deber de cuidado, ninguno de ellos puede exonerarse de responsabilidad alegando que ha confiado en el cuidado de los demás”.

<sup>64</sup> Cfr. en ese sentido ULSHENHEIMER, Klaus, cit. (n. 58), número marginal 19.

profesional, pero también pueden fundamentarse en la asignación de funciones específicas, según las directrices organizativas del centro asistencial de que se trate<sup>65</sup>. Por otra parte, la división del trabajo puede suponer tanto una relación de igualdad, como por ejemplo, entre diversos cirujanos, o bien, una relación de subordinación, por ejemplo, de un médico respecto de otro, de un enfermero respecto de un médico, etc.<sup>66</sup>. En ese marco, pueden producirse defectos organizativos, por ejemplo, cuando ningún profesional de la salud siente que una determinada tarea forma parte de su ámbito de competencias o bien, cuando se producen fallas en la comunicación entre un facultativo y otro, por ejemplo, malos entendidos durante la ejecución de una determinada intervención médica<sup>67</sup>. En la división del trabajo médico también rige el principio de confianza, en el sentido de que cada facultativo puede confiar en que los demás cumplirán sus tareas<sup>68</sup> dentro de su propio ámbito de competencias y, de esta forma, ver limitada su responsabilidad penal sólo a dicho ámbito.

*2. El principio de bienestar del paciente y el denominado “derecho a una muerte digna”. Bases para la cancelación del fundamento de la antinormatividad de la eutanasia*

El principio de bienestar del paciente supone el deber del médico en orden a contribuir a que el enfermo “esté bien”, realizando para ello actuaciones positivas que favorezcan el bienestar del paciente en el marco de un determinado tratamiento médico<sup>69</sup>. La promoción del bienestar del paciente es amplia y se extiende a diversos deberes que pesan sobre el facultativo, como por ejemplo, el deber de darle un trato digno y con respeto a su privacidad, hablarle en un lenguaje comprensible y escucharlo, aconsejarlo en el ámbito de la salud desde un punto de vista amplio, darle una atención médica oportuna y de calidad, etc. El fundamento de este principio, al igual que el principio de no dañar al paciente, se basa en la dignidad de la persona (artículo 1 CPol.) y en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 CPol.). Sin embargo, a diferencia del principio de no dañar, que impone una prohibición de irrogar menoscabos al paciente, el principio de bienestar impone fundamentalmente un mandato de promover el bienestar del enfermo.

En la estructura normativa del principio de bienestar del paciente, en el sentido de un mandato de bienestar del enfermo establecido respecto del médico, se encuentra también la clave sobre la responsabilidad que acarrea su

<sup>65</sup> Cfr. en esa línea ULSENHEIMER, Klaus, cit. (n. 58), número marginal 19.

<sup>66</sup> Cfr. PUPPE, INGEBORG, cit. (n. 63), p. 3.

<sup>67</sup> Véase en ese sentido SCHROTH, Ulrich, cit. (n. 54), p. 134.

<sup>68</sup> Cfr. PUPPE, INGEBORG, cit. (n. 63), p. 2.

<sup>69</sup> Véase BEAUCHAMP, Tom L. - CHILDRESS, James F., cit. (n. 2), p. 259.

infracción. Es decir, su inobservancia puede acarrear responsabilidad penal para el médico, por ejemplo, por las lesiones o el homicidio por omisión causado al paciente, en caso de que no le hubiese dado una atención sanitaria oportuna, pese a serle exigible. En un caso como el descrito, el médico habría infringido tanto el mandato de bienestar como la prohibición de no dañar al paciente.

Si bien en el ámbito médico son aplicables las consideraciones generales sobre las fuentes tradicionales de la posición de garante, la posición de garante del médico también puede fundamentarse en su asunción fáctica de la función de protección que tiene respecto del paciente, no siendo necesaria la existencia de un contrato de prestación de servicios médicos válido entre facultativo y enfermo<sup>70</sup>. Asimismo, un supuesto que frecuentemente se presentará en el ámbito médico será el de la injerencia, por ejemplo, en el caso de que el médico mediante un tratamiento sanitario defectuoso o mediante la entrega ilícita de narcóticos creara el riesgo de que se produjese la muerte del paciente y no tomara medidas de rescate tendientes a evitar dicho resultado<sup>71</sup>.

El principio de bienestar del paciente encuentra una de sus manifestaciones más complejas en el denominado “derecho a una muerte digna”<sup>72</sup>. Este derecho plantea, entre otras cosas y de acuerdo con el artículo 23 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008, el deber del médico de aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente “aunque con ello haya riesgo de abbreviar la vida”. El derecho a una muerte digna adquiere especial importancia en el contexto de las cada vez más crecientes posibilidades de la ciencia médica en orden a mantener o alargar la vida del paciente<sup>73</sup>. El respeto por el derecho a una muerte digna supone, entre otras cosas y de acuerdo con el artículo 23 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008, la omisión de tratamientos que sólo procuren una prolongación precaria y penosa de la vida del paciente.

El derecho a una muerte digna no se agota en el supuesto descrito. Por el

---

<sup>70</sup> Cfr. ULSENHEIMER, Klaus, cit. (n. 58), número marginal 14; y FRISTER, Helmut - LINDEMANN, Michael - PETERS, Alexander, cit. (n. 59), número marginal 156. En sentido análogo KNAUER, Christoph - BROSE, Johannes, § 211 y 212, en SPICKHOFF, Andreas (editor), *Medizinrecht* (Múnchen, Beck, 2011), número marginal 7.

<sup>71</sup> Cfr. ULSENHEIMER, Klaus, cit. (n. 58), número marginal 15, con referencias ulteriores sobre otras fuentes de la posición de garante del médico, como por ejemplo, las órdenes jerárquicas o la participación en una estructura organizada con reparto de responsabilidades, como podría ser el caso de un centro asistencial. Cfr. asimismo FRISTER, Helmut - LINDEMANN, Michael - PETERS, Alexander, cit. (n. 59), número marginal 159.

<sup>72</sup> Cfr. la consagración de dicho derecho en el artículo 23 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile de 2008.

<sup>73</sup> Cfr. en ese sentido SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Das ungelöste Problem der Sterbehilfe*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2006), p. 474.

contrario, plantea otros casos que sí pueden originar responsabilidad penal para el médico tratante –o al menos respecto de los cuales pudiese resultar discutible que sus actuaciones u omisiones quedasen impunes–, incluso en presencia del consentimiento del paciente. Con ello se alude a los casos de eutanasia pasiva y activa directa, que pasan a examinarse.

a) Concepto, clasificación y requisitos de la eutanasia. El término “eutanasia” proviene del griego *eu-*, que significa bien, y *tanatos*, que significa muerte<sup>74</sup>. Para el tratamiento penal de la eutanasia tradicionalmente se ha distinguido entre los siguientes supuestos, a saber, la eutanasia pasiva o renuncia a medidas de mantenimiento de la vida; la eutanasia activa indirecta o aplicación de medios paliativos del dolor que mediáticamente aceleran la muerte del paciente; y la eutanasia activa directa o ejecución de actuaciones que tienden de forma inmediata a provocar la muerte del paciente, a fin de que éste pueda verse liberado de los sufrimientos, fundamentalmente, físicos que padece<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> En el Derecho penal alemán, sin embargo, razones históricas han llevado a abandonar el término eutanasia y a reemplazarlo por el de *Sterbehilfe* o “ayuda a morir”. Cfr. al efecto solamente CHATZIKOSTAS, Konstantinos, cit. (n. 56), pp. 24 ss., quien destaca el carácter más preciso del concepto “Euthanasie” frente al de “Sterbehilfe”.

<sup>75</sup> Para los conceptos de eutanasia pasiva, eutanasia activa indirecta y eutanasia activa directa cfr. en la doctrina portuguesa FIGUEIREDO DIAS, J., *A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal*, en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 137 (Março-Abril 2008), N° 3949, pp. 207 ss., quien, sin embargo, no habla de eutanasia, sino que de ayuda a la muerte, cuestión que fuera del ámbito alemán (cfr. la nota a pie de página anterior) puede resultar compleja a la hora de delimitar la eutanasia del auxilio al suicidio. Cfr. asimismo, en la doctrina chilena ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, *Derechos del paciente y eutanasia en Chile*, en *Revista de Derecho* (Valdivia). [online. dic. De 2008, vol.21, no.2, p.111-130 [visible en internet: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-0950200800020005&lng=es&nrm=iso&tlang=es](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200800020005&lng=es&nrm=iso&tlang=es)], con referencia, entre otras cosas, a la eutanasia activa y pasiva, directa e indirecta. Véase también, distinguiendo entre eutanasia activa, indirecta y pasiva VERREL, Torsten, *Richter über Leben und Tod?*, en *Juristische Rundschau* (1999), p. 6. Cfr. para una perspectiva más filosófica del concepto de eutanasia TUGENDHAT, Ernst, *Aufsätze* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001), p. 48. Críticos de la distinción entre eutanasia activa y pasiva y directa e indirecta, por ejemplo: MERKEL, Reinhard, *Friüheuthanasie* (Baden-Baden, Nomos, 2001), pp. 174 ss.; y NEUMANN, Ulfrid, *Vor § 211*, en KINDHÄUSER, Urs - NEUMANN, ULFRID - PAEFFGEN, Hans-Ullrich (editores), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3<sup>a</sup> edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), II, números marginales 94 ss. Crítico asimismo de la clasificación tradicional de la eutanasia FISCHER, Thomas, *Direkte Sterbehilfe. Anmerkung zur Privatisierung des Lebensschutzes*, en HEINRICH, Manfred - JÄGER, Christian - ACHENBACH, Hans - AMELUNG, Knut - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - SCHÜNEMANN, Bernd - WOLTER, Jürgen (editores), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), I, pp. 571 s.

La eutanasia activa indirecta en principio no es punible<sup>76</sup>, pues si bien acelera la muerte del paciente, éste efecto debe considerarse como el menor de dos males. Es decir, el médico, con el consentimiento del paciente, debe decidir entre no administrar medios paliativos del dolor, cuestión que no acorta la vida del paciente pero le garantiza determinados padecimientos o administrárselos y, de esta forma intentar, que el menor tiempo de vida que le quede, pueda vivirlo con padecimientos, también menores. Ese es el sentido del inciso segundo del artículo 23 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008, que impone al médico, en el marco del principio de bienestar del enfermo, el deber de “*procurar siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente*” aun si ello implica un riesgo de abreviarle la vida.

El caso de la eutanasia pasiva es algo más complejo. Si bien ella puede ser entendida como una manifestación del principio de bienestar del paciente, desde el punto de vista del alivio de los padecimientos físicos o psíquicos que él sufre, su impunidad tiene como presupuesto indispensable el ejercicio de la autonomía del mismo. Como la eutanasia pasiva supone una renuncia a medidas sanitarias de mantenimiento de la vida del paciente, aquélla puede suponer tanto una omisión, desde un principio, de medios de mantenimiento de la vida del enfermo o bien una suspensión de medios de mantenimiento de la vida del paciente que ya han comenzado a ser aplicados, pero que a partir de un determinado momento comienzan a ser omitidos, lo cual incluye la alimentación mediante sondas<sup>77</sup>. En ambos casos, supuesta la concurrencia del consentimiento del paciente, debe descartarse la responsabilidad penal para el médico que cumple la voluntad del paciente en orden a rechazar medidas tendientes a mantener su vida. Tratándose del rechazo desde un

---

<sup>76</sup> En la misma línea SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. (n. 8), p. 340.

<sup>77</sup> Cfr. en ese sentido KNAUER, Christoph y BROSE, Johannes, § 216, en SPICKHOFF, Andreas (editor), *Medizinrecht* (Múnchen, Beck, 2011), número marginal 15. En un comentado fallo de 25 de junio de 2010 el Bundesgerichtshof incluyó expresamente dentro del concepto de eutanasia no punible tanto la omisión, como la limitación y aún la interrupción de un tratamiento médico bajo la concurrencia de determinados presupuestos (cfr. BGHSt., 55, p. 191 [número marginal 33]), nivelando de esta forma la distinción entre acción y omisión en este contexto. Crítico de tal nivelación en dicho fallo JOERDEN, Jan C., *Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe und der Knobe-Effekt*, en HEINRICH, Manfred - JÄGER, Christian - ACHENBACH, Hans - AMELUNG, Knut - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - SCHÜNEMANN, Bernd - WOLTER, Jürgen (editores), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), I, pp. 597 s. De acuerdo con el Bundesgerichtshof en este punto, en cambio, EIDAM, Lutz, *Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 25. 6. 2010*, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht (2011), pp. 239 s. Cfr. también a propósito del análisis de este fallo VERREL, Torsten, *Ein Grundsatzurteil? Jedenfalls bitter nötig!*, en Neue Zeitschrift für Strafrecht (2010), pp. 672 s.

principio a medios de mantenimiento de la vida del paciente, el fundamento de la irresponsabilidad penal del médico se encuentra en el carácter vinculante de la autonomía del paciente en lo que diga relación con la afectación de su incolumnidad o intangibilidad corporal<sup>78</sup>. Tratándose del rechazo a medidas tendientes a mantener la vida del paciente manifestado una vez que éstas han comenzado a ejecutarse (o suspensión de medidas tendientes al mantenimiento de la vida)<sup>79</sup>, el fundamento de la irresponsabilidad penal del médico también debe encontrarse en la autonomía del paciente<sup>80</sup>, concretamente, en la revocabilidad del consentimiento relativo a la afectación de la incolumnidad o intangibilidad corporal<sup>81</sup>. En ambos supuestos, esto es, tanto en el caso de rechazo inicial como sobreveniente de la aplicación de medidas tendientes a mantener la vida del enfermo, la autonomía del paciente juega un doble rol: su observancia fundamenta la irresponsabilidad penal del médico respecto de la muerte del paciente y su inobservancia fundamenta la responsabilidad penal del médico por el atentado contra la integridad corporal o la salud o contra la vida del enfermo<sup>82</sup>.

Tradicionalmente en los supuestos de eutanasia, tanto pasiva como activa directa, el paciente no sólo consiente en que un tercero provoque su muerte, sino que además lo solicita o requiere. Esto es, los casos de eutanasia pasiva y activa directa implican una actuación (solicitud o requerimiento), que supone el consentimiento de quien la realiza, extendiéndose más allá de él<sup>83</sup>.

Para que el requerimiento del paciente de que no se aplique o se suspenda

<sup>78</sup> Cfr. BASCUÑÁN, Antonio, *La píldora del día después ante la jurisprudencia*, en *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004), p. 83 [visible en internet: [http://www.cep-chile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_3389.html](http://www.cep-chile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html)], quien alude al principio de revocabilidad del consentimiento relativo a la afectación de la incolumnidad corporal, principio que lógicamente supone el estadio previo a la revocabilidad o decisión autónoma sobre la afectación de la incolumnidad corporal. Cfr. asimismo el artículo 25 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008.

<sup>79</sup> En Chile, aborda este tema con referencias a la jurisprudencia española, ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, cit. (n. 75).

<sup>80</sup> De la misma forma como se indicó en el punto I. 1., el paciente no está obligado a señalar los motivos de rechazo del tratamiento ya iniciado ni el médico está facultado a evaluar si dicho rechazo es o no racional (cfr. en ese sentido SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. [n. 8], p. 341), sin perjuicio del deber del médico de informar al paciente sobre las posibles consecuencias de dicho rechazo.

<sup>81</sup> Cfr. BASCUÑÁN, Antonio, cit. (n. 78), p. 83.

<sup>82</sup> Cfr. en esa línea ARZT, Gunther, cit. (n. 32), número marginal 7 y ENGISCH, Karl, cit. (n. 32), p. 322.

<sup>83</sup> De ahí que NOLL, Peter, cit. (n. 7), p. 76, sostenga que entre consentimiento y requerimiento existe una diferencia gradual. Cfr. en la misma línea ESER, Albin, § 216, en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar* (28<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010), número marginal 5.

la aplicación del tratamiento en cuestión y, de esta forma, se provoque su muerte (eutanasia pasiva), suponga la irresponsabilidad penal del médico, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos<sup>84</sup>:

a) En primer lugar, es necesario un requerimiento expreso o directo del paciente, el cual puede ser oral o escrito o incluso por medio de gestos<sup>85</sup>, en el que manifiesta su voluntad en orden a renunciar a medidas de mantenimiento de su vida. Consiguientemente, se excluyen como casos de requerimiento expreso las solicitudes concluyentes, cuyo sentido debe deducirse a partir de determinadas circunstancias<sup>86</sup>. Para que el requerimiento del paciente sea expreso, debe ser una solicitud unívoca, clara y precisa, que no de lugar a malos entendidos o a interpretaciones divergentes<sup>87</sup>. Asimismo, y vinculado al carácter expreso que debe tener la solicitud, debe establecerse la voluntad efectiva y no meramente presunta del paciente en orden a renunciar a medidas de mantenimiento de su vida. A diferencia de lo que ocurre respecto de las lesiones corporales, donde sí es razonable construir el consentimiento presunto del paciente en orden a someterse a un determinado tratamiento, particularmente en aquellos casos en que la omisión de un tratamiento médico pudiese implicar un grave daño para la integridad corporal o la salud del mismo o incluso su muerte<sup>88</sup>, respecto de la decisión de morir se hace necesaria una certeza mucho mayor. La razón de ello radica en los efectos irreversibles que acarrea la ejecución de la voluntad del paciente en orden a renunciar a medidas de mantenimiento de su vida<sup>89</sup>. Dicha irreversibilidad,

<sup>84</sup> Los siguientes requisitos coinciden con la norma alemana de homicidio a requerimiento, su vigencia es, sin embargo, aplicable a los casos de eutanasia que aquí se analizan, pues apuntan a determinar la voluntad efectiva del paciente en orden a la provocación de su muerte.

<sup>85</sup> Cfr. en esa línea JÄHNKE, Burkhard, § 216, en *El MISMO - LAUFHÜTTE*, Heinrich Wilhelm - ODERSKY, Walter (editores), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar* (11<sup>a</sup> edición, Berlin, De Gruyter, 2005), V, número marginal 6.

<sup>86</sup> Cfr. en ese sentido JÄHNKE, Burkhard, cit. (n. 85), V, número marginal 6.

<sup>87</sup> Cfr. en esa línea NEUMANN, Ulfrid, cit. (n. 17), II, número marginal 13; RENGER, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit* (12<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2011), § 6: "Tötung auf Verlangen", número marginal 6; SCHNEIDER, Hartmut, § 216, en JOECKS, Wolfgang - MIEBACH, Klaus (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, Beck, 2003), III, número marginal 18.

<sup>88</sup> Cfr. al efecto PUPPE, Ingeborg, cit. (n. 27), p. 4. Véase asimismo HORN, Eckhard y WOLTERS, Gereon, § 223, en RUDOLPHI, Hans-Joachim - HORN, Eckhard - GÜNTHER, Hans-Ludwig - SAMSON, Erich (editores), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (7<sup>a</sup> edición, München, Luchterhand, estado agosto de 2003), II, número marginal 36.

<sup>89</sup> Cfr. CHATZIKOSTAS, Konstantinos, cit. (n. 56), p. 174; y HOERSTER, Norbert, *Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe*, en *Neue Juristische Wochens-*

unida al deber de bienestar del paciente que pesa sobre el médico, obligará a éste último a establecer la voluntad efectiva del enfermo o a llevar a cabo las actuaciones que resulten aplicables de acuerdo con la *lex artis* si el establecimiento de la voluntad efectiva del enfermo resulta imposible.

b) En segundo lugar, el requerimiento del paciente en orden a que se lleve a cabo la eutanasia debe ser serio. El requerimiento es serio cuando está conscientemente dirigido a la muerte sobre la base de una decisión previamente meditada<sup>90</sup> libre y responsable<sup>91</sup> del paciente. Para determinar la seriedad del requerimiento, carece de relevancia el estadio de avance de la enfermedad, así como el tipo de enfermedad de que se trate<sup>92</sup>. Para que el paciente esté en condiciones de realizar un requerimiento serio en orden a renunciar a medidas de mantenimiento de su vida, esto es, un requerimiento que suponga una conciencia de las consecuencias irreversibles que conllevaría la ejecución de su voluntad por parte del médico tratante, es necesario que éste le otorgue información veraz, oportuna, completa y adecuada<sup>93</sup> respecto de su diagnóstico y del tratamiento a que puede ser sometido, de sus posibilidades de mejora y pronóstico de vida y, en general, de todas aquellas circunstancias que, según el caso, puedan considerarse objetivamente relevantes para la realización del requerimiento por parte del enfermo.

c) Finalmente, para que el requerimiento expreso y serio del paciente tenga validez jurídica debe estar exento de vicios, como error o coacción<sup>94</sup>.

Atendidas las consecuencias que acarrea la eutanasia, será necesaria la verificación de la concurrencia de los requisitos indicados, no sólo por el médico tratante, sino que por otros facultativos<sup>95</sup>. Más allá de las formalidades concretas que se exijan para la procedencia no punible de la eutanasia, resulta

---

chrift (1986), p. 1789.

<sup>90</sup> Cfr. NEUMANN, Ulfrid, cit. (n. 17), II, número marginal 14.

<sup>91</sup> Cfr. en ese sentido SCHNEIDER, Hartmut, cit. (n. 87), III, número marginal 19.

Véase asimismo TENTHOFF, Christian, cit. (n. 23), p. 123.

<sup>92</sup> Cfr. en ese sentido KNAUER, Christoph y BROSE, Johannes, cit. (n. 77), número marginal 13.

<sup>93</sup> Cfr. arriba, a propósito de los requisitos del consentimiento, el punto I. 1.

<sup>94</sup> Cfr. arriba, a propósito de la validez del consentimiento, el punto I. 1.

<sup>95</sup> Esta exigencia se aleja de los requisitos del homicidio a requerimiento alemán (§ 216 StGB.), que se conforma con que el mismo sea expreso y serio, precisamente porque tratándose de la eutanasia, tanto activa como pasiva, no nos encontramos ante un “homicidio a requerimiento”, sino que ante la provocación de la muerte del paciente por parte de un facultativo, que ejecuta la voluntad del primero. En el ámbito médico, salimos del contexto privado en donde fundamentalmente tendría aplicación una norma como la del homicidio a pedido, para entrar a un contexto sanitario donde rigen los principios de autonomía del paciente, de no dañar al paciente y de bienestar del paciente.

razonable, no con un propósito paternalista, sino que por el contrario, de establecimiento de la voluntad real del enfermo, que su requerimiento sea verificado, tanto por el médico tratante como por otros facultativos<sup>96</sup>.

El caso de la eutanasia activa directa es, en general, el que más dificultades provoca desde un punto de vista penal. Pues más allá de que se estime que el paciente en la eutanasia pasiva también efectúa un requerimiento en orden a renunciar a medidas de mantenimiento de su vida, en virtud del principio de autonomía del paciente en lo que dice relación con la afectación de su incolumidad o intangibilidad corporal, él puede, legítimamente y sin consecuencias penales para el médico tratante, solicitar que se omitan en lo sucesivo todos los tratamientos médicos que se le aplican, aun cuando ello provoque su muerte. En la eutanasia activa directa, en cambio, el médico debe llevar a cabo actuaciones positivas que tiendan inmediatamente a la muerte del paciente, esto es, que estén destinadas concretamente a que el enfermo muera. De ahí que sea necesario, fuera de los requisitos indicados a propósito de la eutanasia pasiva, la concurrencia de otros presupuestos: primero, que el paciente tenga una enfermedad grave<sup>97</sup>, que conlleve el padecimiento de graves dolores<sup>98</sup> o sufrimientos de carácter físico o psíquico en forma prolongada. En cambio, no es indispensable que se trate de una enfermedad en estado terminal o cercano a la muerte<sup>99</sup>. Consiguentemente,

<sup>96</sup> La regulación holandesa de la eutanasia, en cambio, exige solamente que el médico en cuestión hubiese consultado al menos con otro médico independiente que también haya visto al paciente y haya emitido un dictamen sobre la concurrencia de los demás requisitos de la eutanasia no punible. Para mayores referencias sobre dicha normativa cfr. JANSSEN, André, *Die Regelung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden. Ein Novum*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2001), pp. 179 ss.

<sup>97</sup> Cfr. KUTZER, Klaus, *Vorausverfügter Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen und das Verbot der Tötung auf Verlangen*, en BERNSMANN, Klaus - FISCHER, Thomas (editores), *Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), p. 339; y TENTHOFF, Christian, cit. (n. 23), p. 211, a propósito de la definición de la eutanasia activa directa.

<sup>98</sup> Véase CHATZIKOSTAS, Konstantinos, cit. (n. 56), pp. 27 s.

<sup>99</sup> Cfr. en ese sentido BIRNBACHER, Dieter, *Tun und Unterlassen* (Stuttgart, Reclam, 1995), pp. 338 s., quien establece una vinculación entre la eutanasia y la finalidad de aminorar el dolor, pero no entre la eutanasia y el hecho de encontrarse en un proceso de muerte o de padecer una enfermedad terminal. Asimismo KNAUER, Christoph y BROSE, Johannes, cit. (n. 77), número marginal 15. HOERSTER, Norbert, cit. (n. 89), p. 1790, p. 1792, en cambio, vincula expresamente el concepto de eutanasia (activa directa) con el carácter incurable de la enfermedad que padece el paciente. En la misma línea ENGLÄNDER, Armin, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch. Zur Revision der Sterbehilfedogmatik durch den 2. Strafsenat des BGH*, en *Juristen Zeitung* (2011), p. 513. En los términos de ROXIN, Claus, cit. (n. 29), p. 83, el supuesto aquí planteado correspondería a la eutanasia en sentido amplio, en oposición a la eutanasia

el padecimiento de graves y prolongados dolores o sufrimientos físicos o psíquicos en el marco de una enfermedad, también grave, pero con esperanza de mejora, no excluye *per se* la procedencia no punible de la eutanasia activa directa. Segundo, es necesario que el paciente se encuentre imposibilitado físicamente de provocar su propia muerte, pues sólo respecto de dicho paciente se plantea un impedimento, si se quiere, práctico, del ejercicio de la autonomía, que legitima la actuación no punible del médico.

Como se dijo respecto de la eutanasia pasiva, si bien la eutanasia activa directa puede ser entendida como una manifestación del principio de bienestar del paciente desde el punto de vista del alivio de los padecimientos físicos o psíquicos que él sufre, su procedencia no punible tiene como presupuesto indispensable el ejercicio de la autonomía del paciente. De lo contrario, ya no estaríamos ante un supuesto de eutanasia, sino que de homicidio, en su caso calificado.

En el plano de la antinormatividad, resulta correcto distinguir entre la provocación activa y la provocación pasiva de la muerte del paciente. En cambio, desde el punto de vista de la contrariedad al deber, dicha distinción carece de importancia: en ambos casos no se ha evitado y ello, contrariando el deber que pesa sobre quien actúa u omite, que se produzca el resultado “muerte del paciente”. Es decir, desde el punto de vista de la contrariedad al deber, no existe diferencia entre el médico que realiza una determinada actuación con el resultado de muerte del paciente y el médico que omite la aplicación de un determinado tratamiento con el resultado de muerte del paciente<sup>100</sup>. Sobre esa base, y supuesta la concurrencia de los requisitos indicados, también a propósito de la eutanasia activa directa es posible fundamentar la exclusión de la responsabilidad penal del médico que ejecuta la voluntad del paciente en orden a realizar actuaciones positivas tendientes a provocarle la muerte.

Lo aquí planteado no supone en ningún caso una suerte de defensa a todo evento del ejercicio del interés del paciente de decidir libre y autónomamente poner fin a su vida. Atendidas las consecuencias irreversibles que implica el ejercicio de dicho interés, a saber, la muerte de su titular, así como de los abu-

---

en sentido estricto, que supone la provocación consentida de la muerte del paciente cuando el proceso de muerte ya ha comenzado. Cfr. en el mismo sentido FIGUEIREDO DIAS, J., cit. (n. 75), p. 203.

<sup>100</sup> Con todo, la distinción en el plano de la antinormatividad en el Derecho penal alemán sigue siendo relevante, fundamentalmente por la exigencia de una posición de garante y por la posibilidad de rebajar la pena tratándose de la eutanasia pasiva, en virtud de lo dispuesto por el § 13 inciso 2º StGB. Lo que aquí se quiere poner de relieve, es que en atención al resultado típico y, desde el punto de vista de los deberes del médico, la eutanasia activa directa no es más grave que la eutanasia pasiva.

sos que puede conllevar dicho ejercicio<sup>101</sup>, resulta indispensable que respecto de la eutanasia activa directa concurran todos y cada uno de los requisitos indicados con anterioridad. Si ese es el caso, debe respetarse la autonomía del paciente y tenerse, en virtud de ella, por cancelado el fundamento de la antinormatividad del actuar del médico.

b) Armonización entre la cancelación del fundamento de la antinormatividad de la eutanasia y otras figuras de la parte especial<sup>102</sup> u otros intereses penalmente relevantes. El consentimiento del paciente constituye un presupuesto indispensable para tener por cancelado el fundamento de la antinormatividad de la eutanasia. Dicho de otro modo, la eutanasia pasiva o activa directa llevada a cabo sin o contra el consentimiento efectivo del paciente, manifestado en su requerimiento expreso y serio, no puede seguir siendo catalogada de eutanasia y debe ser castigada a título de homicidio, en su caso calificado. En tal supuesto, mantiene plena vigencia la norma prohibitiva de matar, cuyo fundamento no ha resultado cancelado en virtud del requerimiento del paciente. De lo anterior se deduce, que el término “eutanasia” en el sentido aquí empleado siempre supone, entre otras cosas, el consentimiento del paciente, a diferencia del homicidio, que supone la provocación activa o pasiva de la muerte del enfermo sin o contra su voluntad<sup>103</sup>. De lo anterior se desprende, asimismo, que tanto la “eutanasia” practicada respecto de recién nacidos con graves malformaciones físicas (eutanasia precoz o “Frühethanasie”), así como de pacientes que se encuentran en estado de coma o inconsciencia<sup>104</sup>, son

---

<sup>101</sup> En particular, suele argumentarse que permitir la eutanasia podría llevar a que pacientes terminales, cuyo tratamiento provoca grandes gastos, sean presionados a requerir que se ponga término a sus vidas (cfr. crítico de dicho planteamiento JAKOBS, Günther, cit. [n. 9], p. 20). Cfr. asimismo mayores referencias al respecto en SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. (n. 8), p. 340, con especial alusión a los enfermos ancianos que, al sentirse como una carga para su entorno, pueden requerir que se ponga término a su vida. En base a lo planteado en el punto I. 1, el consentimiento manifestado en casos como los descritos no sería libre y, por lo tanto, carecería de efectos jurídicos en orden a eliminar la punibilidad del médico tratante.

<sup>102</sup> Para mayores referencias sobre la armonización entre la cancelación del fundamento de la antinormatividad de la eutanasia y el homicidio o el homicidio a requerimiento cfr. el punto III.

<sup>103</sup> En ese sentido, el denominado programa de eutanasia del régimen nacional-socialista alemán suponía la comisión de homicidios o “aniquilamientos de vidas que no valían la pena ser vividas” y nada tiene que ver con la eutanasia, si se quiere, consentida, cuya punibilidad aquí se discute. Cfr. en esa línea FIGUEIREDO DIAS, J., cit. (n. 75), p. 204.

<sup>104</sup> Cfr. en ese sentido MERKEL, Reinhard, *Teilnahme am Suizid, Tötung auf Verlangen, Euthanasie*, en HEGSELMANN, Rainer - MERKEL, REINHARD (editores), *Zur Debatte über Euthanasie* (2ª edición, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992), p. 97. El

conductas punibles a título de homicidio, en su caso calificado. Ello, sin perjuicio del deber de bienestar del paciente que pesa sobre el médico<sup>105</sup>. El castigo penal de la eutanasia precoz o de la eutanasia respecto de pacientes en estado de coma o inconsciencia se desprende del propio concepto de eutanasia no punible aquí empleado: Si la noción de eutanasia no punible supone el consentimiento de la persona cuya muerte se provoca, en estricto rigor no es posible hablar de eutanasia si dicho consentimiento no puede manifestarse por parte del afectado.

Podría considerarse que la solución aquí planteada en orden a cancelar el fundamento de la antinormatividad del resultado “muerte del paciente”, siempre que concurran los requisitos indicados en el número precedente, no encaja en la sistemática actual de los delitos contra la vida consagrados en el *Código Penal*. En particular, no encaja con la regulación del auxilio al suicidio del artículo 393 CP., figura que presenta cierta cercanía con el supuesto de hecho de la eutanasia. Sin embargo, la solución de dicho problema, esto es, la armonización de la cancelación del fundamento de la antinormatividad de la eutanasia en virtud del consentimiento del paciente con la punibilidad del auxilio al suicidio pasa por establecer, precisamente, que se trata de supuestos distintos. Los casos respecto de los cuales aquí se ha planteado la impunidad de la muerte del paciente provocada por el médico (eutanasia), se restringen a aquellos supuestos en los cuales el paciente, en ejercicio de su autonomía, decide renunciar a medidas que le mantienen la vida –ya sea antes de que éstas se apliquen o una vez que han comenzado a aplicarse– o solicita la aplicación de medidas tendientes directamente a provocar su muerte. En ambos casos es necesario un requerimiento expreso y serio del paciente. Particularmente respecto del supuesto de la eutanasia activa directa, es necesario que el paciente se encuentre padeciendo graves sufrimientos físicos o psíquicos en forma prolongada, en el marco de una

---

caso de los pacientes inconscientes que han llegado a ese estado producto de una huelga de hambre es particularmente complejo, pues si bien cuando alguien comienza una huelga de hambre se plantea la posibilidad de la muerte, su voluntad en orden a deporla puede cambiar una vez enfrentado, efectivamente, a la posibilidad cierta de morir. Existiendo dudas sobre la voluntad efectiva del paciente inconsciente, el médico tiene el deber de alimentarlo en base al principio de bienestar del enfermo. Cfr. mayores referencias sobre este supuesto en MUÑOZ CONDE, Francisco, *Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht*, en ROXIN, Claus - SCHROTH, Ulrich (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4<sup>a</sup> edición, Stuttgart, Boorberg, 2010), pp. 885 s.

<sup>105</sup> En virtud del principio de bienestar, el médico debe evitar o suprimir los menoscabos que afecten al paciente, en particular, aliviar el dolor que implica el mal que lo aqueja. Dicho principio no impone al médico un deber de mantener la vida del paciente (cfr. en esa misma línea MERKEL, Reinhard, cit. [n. 75], p. 639), sino que de realizar aquellas actuaciones que favorezcan el bienestar del enfermo.

enfermedad grave y que no esté en condiciones de acabar con su vida por sus propios medios. En tal caso, la actuación del médico constituirá una mera superación de dicho déficit contingente que, de esta forma, realizará, si se quiere, físicamente, la voluntad del paciente. Finalmente, será necesaria la verificación de la concurrencia de los requisitos indicados, por parte de otros facultativos. La sola lectura de las exigencias aquí planteadas respecto de la eutanasia deja en claro el diverso sentido que ella tiene respecto del auxilio al suicidio. Éste, si bien la mayoría de las veces supone la concurrencia de padecimientos al menos psíquicos en la persona que decide quitarse la vida y que es auxiliada por un tercero, constituye una conducta que no requiere la presencia ni mucho menos la verificación de los requisitos planteados a propósito de la eutanasia.

Quienes plantean que, pese a la concurrencia de los requisitos de la eutanasia indicados precedentemente, el actuar del médico sigue siendo punible, ya sea mediante la figura de homicidio a requerimiento o, a falta de esta, de homicidio, en su caso calificado, sostienen que la decisión autónoma del paciente colisionaría con otros intereses, en principio, de mayor valor y, consiguientemente, preponderantes. Una primera posible colisión de intereses es la que puede darse entre los intereses del paciente y los intereses de terceros, incluida la sociedad en su conjunto. Se ha sostenido que tratándose del bien jurídico vida “[...] puede ir en interés de la generalidad declarar irrestrictamente vinculante el estándar generalizado del tabú de matar a otro”<sup>106</sup>. De esta forma, se fundamentaría el castigo, en su caso atenuado, de la provocación de la muerte en un interés colectivo, a saber, el interés de la sociedad en la continuidad de la vida<sup>107</sup>. Dicho interés sería, en principio, más importante que el interés del paciente de no continuar con su vida como manifestación de su autonomía. Un planteamiento como el indicado resulta erróneo si se considera el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico –como en el alemán– matar a otro no es un tabú, sino que se encuentra expresamente autorizado en determinados supuestos, como el de la legítima defensa<sup>108</sup>. Consiguientemente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición irrestricta de matar a otro. A ello se agrega el hecho de que resulta inaceptable utilizar al paciente como medio –afectando de esta for-

---

<sup>106</sup> KINDHÄUSER, Urs, cit. (n. 47), p. 35. Cfr. asimismo sobre este supuesto “tabú” en la dogmática alemana: HERZBERG, Rolf Dietrich, *Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?* en *Neue Juristische Wochenschrift* (1986), p. 1644; y GEPPERT, Klaus, cit. (n. 10), pp. 953 s.; y en la doctrina suiza: NOLL, Peter, cit. (n. 7), p. 76.

<sup>107</sup> Cfr. WEIGEND, Thomas, *Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 98 (1986), p. 66.

<sup>108</sup> Cfr. BASCUÑÁN, Antonio, cit. (n. 78), p. 67 y HOERSTER, Norbert, cit. (n. 89), p. 1791.

ma su autonomía y dignidad– para alcanzar un fin de carácter colectivo y difuso como es el interés de la sociedad en la continuidad de la vida. Para ello tendría que afirmarse una superioridad del interés difuso de la colectividad en la continuidad de la vida de uno de sus integrantes respecto del interés concreto de ese integrante de decidir libre y autónomamente poner fin a su vida, lo cual resulta insostenible desde el punto de vista de la normativa chilena vigente.

El castigo penal del auxilio al suicidio en el ordenamiento jurídico chileno no puede ser interpretado como una confirmación del tabú de no matar a otro, cuya vigencia ya fue desvirtuada, sino que más bien como una norma que pretende reforzar el respeto del consentimiento efectivo del paciente en cuestión, en el siguiente sentido: El contexto médico respecto del cual es posible hablar de una eutanasia activa directa no punible, supone la concurrencia de una serie de requisitos, a saber, el padecimiento de graves sufrimientos físicos o psíquicos prolongados, en el marco de una enfermedad grave, por parte de un paciente que no puede quitarse la vida por sus propios medios y que, a fin de verse liberado de los padecimientos que sufre, requiere expresa y seriamente la provocación de su muerte y ve realizada, si se quiere, físicamente, su decisión autónoma de acabar con su vida gracias a la actuación de un médico. El respeto del consentimiento informado y no viciado del paciente sólo puede resultar suficientemente asegurado con la constatación por parte de otros facultativos independientes, de la concurrencia de los requisitos indicados. Dicha constatación resulta imposible, tratándose de la figura de auxilio al suicidio, cuyo castigo penal implica, entre otras cosas, y desde un punto de vista negativo, la ausencia de uno o más de los requisitos de la eutanasia<sup>109</sup>.

Quienes conciben a la prohibición generalizada de no matar a otro como un tabú, plantean que el ordenamiento jurídico no prohíbe quitarse la vida a quien está harto de vivir, sino que sólo prohíbe que dicho resultado sea causado por terceros<sup>110</sup>. Como ya se estableció, el ordenamiento jurídico chileno no contempla una prohibición absoluta de matar a otros, sino que por el contrario, lo autoriza expresamente en casos como el de la legítima defensa. En cuanto al hecho de que no se prohíbe quitarse la vida a quien está harto de vivir, ello es efectivo desde un punto de vista teórico. Sin embargo, desde el punto de vista del ejercicio práctico de la autonomía, lo cierto es que muchos pacientes se encuentran imposibilitados, ya sea total o parcialmente,

---

<sup>109</sup> De ello se desprende, que si un médico interviene en la provocación de la muerte de un paciente que, por ejemplo, se lo ha requerido expresa y seriamente, pero no concurren los demás requisitos de la eutanasia no punible, dicha conducta podría ser punible como auxilio al suicidio o como homicidio, en su caso calificado.

<sup>110</sup> Véase KINDHÄUSER, Urs, cit. (n. 47), p. 35.

desde un punto de vista físico, de terminar con sus vidas, caso en el cual se estaría impidiendo el ejercicio de la autonomía del paciente en base, entre otras cosas, a un interés difuso de la sociedad en la continuidad de la vida<sup>111</sup>. Incluso si la prohibición de matar a otro basada en el interés colectivo difuso de la sociedad en la continuidad de la vida efectivamente existiera, ella tendría que verse desplazada por las normas constitucionales sobre las que se basa la autonomía del paciente<sup>112</sup>. En la medida en que el tercero (médico) (sólo) permita el ejercicio de la autonomía del paciente asegurada en la Constitución y que, de no mediar su intervención, dicho ejercicio fuese imposible, el actuar de ese tercero, supuesta la concurrencia de los requisitos de la eutanasia, no puede ser catalogado como delictivo. La intervención del tercero no debe ser entendida como una lesión (del bien jurídico) de “otro”<sup>113</sup>, sino que como la (única) forma físicamente posible de que ese “otro” ejerza la autonomía que le reconoce la *Constitución Política*.

Una segunda posible colisión de intereses, es la que puede darse entre diversos intereses del propio paciente. En ese sentido, podría creerse, que existe una suerte de superioridad del derecho a la vida del paciente respecto de la autonomía de ese mismo paciente. Dicha idea podría encontrar su fundamento en el hecho de que la autonomía del paciente presupone la vida y no a la inversa. Es decir, puesto que sólo gracias a la existencia de la vida es que los restantes derechos fundamentales son siquiera imaginables, es que el derecho a la vida gozaría de una suerte de rango superior respecto de cualquier otro interés. Un planteamiento como el indicado es, sin embargo, erróneo. En primer lugar, pues parte de un concepto meramente biológico de la vida<sup>114</sup> y, de lo que aquí se trata, es de un concepto jurídico de vida. Efecti-

---

<sup>111</sup> Si el paciente no se encuentra imposibilitado, ya sea total o parcialmente, desde un punto de vista físico de terminar con su vida, y decide suicidarse, el médico no puede interponerse en el ejercicio de su autonomía. En un caso como el descrito, no puede imputársele al médico la muerte por omisión del paciente, pues no puede establecerse un deber de garante del médico respecto de un bien jurídico del cual el paciente, en ejercicio de su autonomía, está legítimamente disponiendo. Al mismo resultado llegan DÖLLING, Dieter, *Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid*, en BLOY, René - BÖSE, Martin - HILLENKAMP, Thomas - MOMSEN, Carsten - RACKOW, Peter (editores), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (Berlin, Duncker & Humblot, 2010), p. 130; y ROXIN, Claus, cit. (n. 29), pp. 93 s.

<sup>112</sup> Cfr. arriba el punto I. 1.

<sup>113</sup> Como destaca SCHNEIDER, Christian, cit. (n. 5), p. 226, el Derecho penal protege frente a atentados que terceras personas pueden llevar a cabo contra nuestros bienes jurídicos, pero no a los ciudadanos respecto de sí mismos.

<sup>114</sup> ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, cit. (n. 7), p. 5, también se muestra crítico respecto de la conceptualización del Tribunal Constitucional español de la vida humana como una realidad meramente biológica.

vamente, la vida biológica es un presupuesto, si se quiere, “físico” del ejercicio de la autonomía del paciente, pero lo que aquí nos interesa es comparar la fuerza vinculante de dos garantías normativas – vida y autonomía – y no la comparación entre una realidad biológica y una eminentemente jurídica. Por otra parte, la *Constitución Política* asegura el derecho a la vida pero en ningún caso impone un deber o una obligación de vivir<sup>115</sup>. Ello además sería absurdo, pues supondría la consagración de un derecho contra su propio titular o, dicho de otra forma, una tutela penal del paciente “respecto de sí mismo”<sup>116</sup>. Fuera de las garantías constitucionales del respeto y protección a la vida privada del artículo 19 N° 4 CPol., de la libertad de conciencia del artículo 19 N° 6 y del derecho a la libertad personal del artículo 19 N° 7 CPol., el derecho a la vida debe interpretarse a la luz de lo establecido en el artículo 1 de la Constitución, que dispone expresamente: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Puesto que tanto la noción de libertad como la de igualdad se encuentran vinculadas a los conceptos de dignidad y de derechos, es posible establecer, a propósito del derecho a la vida, así como de cualquier otro derecho subjetivo constitucional, que él debe ser interpretado como un derecho que se ejerce en libertad, esto es, autónomamente por parte de su titular. El derecho a la vida como realidad normativa y no meramente biológica debe ser entendido, consiguientemente, como un derecho constitucional a la vida autónoma<sup>117</sup>.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y COLISIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACTUAR MÉDICO

De la conceptualización de los principios que rigen el actuar médico se desprende, que tanto el principio de autonomía del paciente como el principio de no dañar al paciente, son principios que rigen respecto de los médicos y del resto de los particulares. El principio de bienestar del paciente, en cambio, es un principio que vincula fundamentalmente al médico y, de forma mediata al Estado, principalmente a través del derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9 CPol.) y del derecho a vivir en un medio ambiente

---

<sup>115</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, cit. (n. 9), p. 13. En la misma línea SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. (n. 8), p. 341.

<sup>116</sup> Cfr. en esa línea TENTHOFF, Christian, cit. (n. 23), p. 86. Véase también MÜS-SIG, Bernd, *Mord und Totschlag* (Köln, Carl Heymanns, 2005), p. 353.

<sup>117</sup> Si el bien jurídico vida tuviese preeminencia respecto de la autonomía, entonces el ordenamiento jurídico tendría que contemplar normas destinadas a proteger la vida incluso a costa de la autonomía, por ejemplo, obligando a ceder un órgano o sangre a un tercero para salvarle la vida (cfr. BASCUÑÁN, Antonio, cit. [n. 78], p. 83). Que ello no ocurra confirma la tesis aquí planteada.

libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPol.). Por cierto, puesto que todos estos principios pueden fundamentarse en último término en la dignidad de la persona (artículo 1 CPol.) y en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1 CPol.), el Estado debe velar por su respeto y sancionar su vulneración, incluso por la vía penal.

Los principios de autonomía del paciente, de no dañar al paciente y de bienestar del paciente pueden entrar en colisión, desde el punto de vista de la afectación de la integridad corporal o la salud del paciente, por ejemplo, cuando el médico tratante informa al paciente las implicancias de un determinado diagnóstico y le plantea las posibles terapias a seguir (manifestación del principio de bienestar del paciente y de no dañarlo)<sup>118</sup> y el paciente rechaza someterse a las terapias propuestas (manifestación del principio de autonomía del paciente). Asimismo, los principios de autonomía del paciente, de no dañar al paciente y de bienestar del paciente pueden entrar en colisión, desde el punto de vista de la afectación de la vida del paciente, cuando el paciente renuncia a medidas tendientes al mantenimiento de su vida (eutanasia pasiva) o bien, cuando el paciente que padece graves sufrimientos físicos o psíquicos prolongados en el marco de una enfermedad grave y que se encuentra impedido de quitarse la vida por sus propios medios, requiere al médico la provocación de la eutanasia activa directa. La solución de dicho conflicto de intereses supone determinar qué interés goza de mayor valor. En base a lo expuesto en los números precedentes, debe primar el principio de autonomía del paciente sobre los demás principios que rigen el actuar médico o, dicho de otro modo, debe primar la autonomía del paciente sobre otros derechos de los cuales él es titular, incluido el derecho a la vida. La superioridad de la autonomía del paciente sobre otros derechos de los cuales él es titular puede fundamentarse, entre otros, en los siguientes argumentos: Primero, en que nadie puede ser sometido a una intervención médica contra su voluntad<sup>119</sup>. Segundo, en el hecho de que el suicidio es una conducta impune para el sujeto que, autónomamente, decide terminar con su vida<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Entre los principios de bienestar del paciente y de no dañarlo también pueden surgir conflictos. Cuando el daño o la lesión de la integridad corporal o la salud del paciente sea inevitable, el médico tendrá que elegir, con el consentimiento del paciente, entre el menor de dos males (por ejemplo, entre someterlo o no a una determinada intervención). Cfr. al efecto QUANTE, Michael - VIETH, Andreas, cit. (n. 4), p. 138.

<sup>119</sup> Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Sterbehilfe*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Revue Pénale Suisse* 95 (1978), p. 69, a juicio del cual, aun en estado de necesidad, el respeto por la decisión responsable del afectado tiene, inequívocamente, preeminencia. Cfr. mayores referencias sobre el principio de autonomía del paciente en lo que dice relación con la afectación de su incolumidad o intangibilidad corporal en el punto I. 1.

<sup>120</sup> Podrá argumentarse contra ello, que incluso de estar penalmente prohibida di-

Tercero, en que el carácter vinculante de la autonomía del paciente solo puede verse relativizado en el caso en que la conducta que él requiera, esto es, la eutanasia activa directa, en los términos anteriormente expuestos, se encuentre expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico<sup>121</sup>. Cuarto, en que el derecho constitucional a la vida protegido en el artículo 19 N° 1 inciso 1º CPol. expresa en primer lugar y fundamentalmente el interés de su titular en la supervivencia y debe ser interpretado a la luz de otras normas constitucionales sobre las que se sustenta la autonomía del paciente.

Por otra parte, si bien puede sostenerse que la muerte del paciente infringe el principio de bienestar del enfermo, pues dicho resultado, en cuanto tal, jamás constituirá algo bueno para el mismo, el principio de bienestar sí se ve satisfecho a través del alivio del dolor. Dicho de otro modo, puesto que el principio de bienestar supone el deber del médico de contribuir a que el enfermo “esté bien”, dicho deber sí se verá satisfecho en caso de que el médico libere al paciente que lo ha solicitado expresa y seriamente y que se encuentra físicamente impedido de acabar con su vida por sus propios medios, de los graves padecimientos físicos o psíquicos prolongados que sufre, aun si dicho resultado sólo puede alcanzarse con la muerte del mismo.

### III. LA PUNIBILIDAD DEL HOMICIDIO A REQUERIMIENTO

En Alemania, el “homicidio a requerimiento” u “homicidio a pedido” se encuentra regulado en el § 216 StGB., norma que castiga con una pena considerablemente menor a la del homicidio a quien provoca la muerte de otro que lo ha solicitado expresa y seriamente<sup>122</sup>. Con esta norma, el Derecho

---

cha conducta, la pena jamás podría ser aplicada en caso de que el acto fuese consumado. Sin embargo, lo que debe interesarnos no es el caso en el cual la pena no se aplica, porque el sujeto ha dejado de existir, sino que aquellos en los cuales, por ejemplo, su conducta resulta frustrada: dicho supuesto también resulta impune, porque las conductas suicidas no se encuentran prohibidas para el sujeto que, autónomamente, decide terminar con su vida.

<sup>121</sup> Cfr. dicha argumentación en VOSSENKUHL, Wilhelm, *Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen*, en ROXIN, Claus - SCHROTH, Ulrich (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4ª edición, Stuttgart, Boorberg, 2010), p. 6, si bien excluyendo el carácter vinculante del consentimiento precisamente en virtud de la existencia de la prohibición expresa del homicidio a requerimiento del § 216 StGB.

<sup>122</sup> Si bien la norma alemana no excluye expresamente de la punibilidad a los supuestos de eutanasia pasiva o activa directa, la doctrina alemana se plantea si cabe efectuar excepciones a la norma del § 216 StGB. basada, por ejemplo, en el principio de ultima ratio o –en la línea de lo aquí sostenido– en la autonomía del paciente para decidir libremente sobre la continuidad de su vida (cfr. dichas consideraciones en SCHNEIDER, Christian, cit. [n. 5], pp. 225 s., si bien para fundamentar la exclusión de la punibili-

penal alemán establece una excepción al principio *volenti non fit iniuria*, según el cual, quien lesiona un bien jurídico individual con el consentimiento previo de su titular, no realiza injusto penal alguno<sup>123</sup>. El artículo 83 del *Anteproyecto de Código Penal chileno* de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal, propone, por su parte, la sanción, también con una pena menor a la del homicidio, al que “*por motivos piadosos mata a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente*”. Es decir, se trata de una figura mucho más específica que la alemana, en la cual no se castiga de manera atenuada cualquier homicidio a requerimiento, sino que sólo aquél basado en motivos piadosos. De esta forma, la propuesta chilena nos plantea concretamente la posibilidad de castigar atenuadamente con respecto al homicidio al médico que, frente a la solicitud expresa e inequívoca del paciente, provoca pasiva o activamente su muerte, esto es, plantea la posibilidad de castigar atenuadamente con respecto al homicidio a la eutanasia.

En base a lo expuesto precedentemente, la conducta del médico que provoca pasiva o activamente la eutanasia del paciente, no es subsumible en una norma como la indicada, porque la provocación de la muerte en el sentido de la eutanasia no es un “homicidio” (a requerimiento) en el sentido de “matar a otro” contra su voluntad, esto es, en el sentido de disponer de la vida del paciente por parte de un tercero<sup>124</sup>. Por el contrario, de lo que aquí se trata, es de la disposición de la vida del paciente por parte de él mismo, sólo que possibilitada, si se quiere, físicamente, por el médico tratante. Puesto que es el paciente quien, en ejercicio de su autonomía, decide acabar con su vida, resultaría absurdo catalogar de víctima a quien decidió libremente poner fin a su existencia. Consiguientemente, de acogerse la norma de homicidio a reque-

---

lidad de los casos de suspensión de una intervención médica que provoca la muerte del paciente). Cfr. asimismo KUBICIEL, Michael, *Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid als selbstbestimmtes Sterben?* en *Juristen Zeitung* (2009), p. 605, quien sostiene, por su parte, que el § 216 del Código penal alemán protege el derecho a la vida frente al fundado peligro (abstracto) de ser víctima de un plan de muerte que no ha sido lo suficientemente reflexionado ni se encuentra suficientemente maduro. En el mismo sentido así como crítico de dicha disposición: JAKOBS, Günther, *Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen*, en HAFT, Fritjof - HASSEMER, Winfried - NEUMANN, Ulfrid - SCHILD, Wolfgang - SCHROTH, Ulrich (editores), *Strafgerichtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, C. F. Müller, 1993), pp. 467 s.; asimismo VON HIRSCH, Andrew - NEUMANN, Ulfrid, *Indirekter «Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)*, en *Goltzhammer's Archiv für Strafrecht* (2007), pp. 686 ss., con especial referencia al estándar de vida y a la calidad de vida como intereses que, en caso de verse gravemente afectados, debiesen prevalecer sobre la criminalización del homicidio a requerimiento.

<sup>123</sup> Véase en ese sentido NEUMANN, Ulfrid, cit. (n. 17), II, número marginal 1.

<sup>124</sup> Así, sin embargo, JÄHNKE, Burkhard, cit. (n. 85), V, número marginal 1.

rimiento por motivos piadosos, tendría que dársele la siguiente interpretación, a fin de conformarse con las normas constitucionales sobre las cuales se basa la autonomía del paciente<sup>125</sup>: Que se trata de una norma que pretende garantizar la efectividad del consentimiento manifestado por el paciente, cuestión que en principio sólo sería posible en caso de que nos encontremos ante una relación médico paciente –y no ante una relación entre particulares, como la que sí podría quedar abarcada por la norma propuesta– y que el paciente requiera de manera expresa y seria su muerte, lo cual a su vez tendría que ser certificado por diversos facultativos del centro asistencial en cuestión y siempre que concurren los demás requisitos de la eutanasia (activa directa). Si concurren los presupuestos indicados, la conducta del médico no podría ser subsumida en el tipo propuesto de “homicidio” a requerimiento, precisamente porque no estaríamos ante un caso de “homicidio”, sino que de eutanasia<sup>126</sup>.

#### IV. LA EXPRESIÓN DE VOLUNTADES ANTICIPADA O TESTAMENTO VITAL

En el ordenamiento jurídico alemán, una manifestación del principio de autonomía del paciente<sup>127</sup> está constituida por la expresión de voluntades anticipada o testamento vital (“Patientenverfügung”)<sup>128</sup>. Se trata de una institución regulada en el § 1901a del BGB, que permite al paciente mayor de edad y capaz de prestar su consentimiento, establecer por escrito su aceptación o rechazo de medidas curativas o intervenciones médicas para el caso de que pierda dicha capacidad de consentir, por ejemplo, a causa de una enfermedad, de un accidente o debido a su edad<sup>129</sup>. La “Patientenverfügung” alemana debe ser una declaración determinada, que contenga una descripción concreta de los supuestos médico-terapéuticos en los cuales ella debe regir<sup>130</sup>. En caso de que el paciente no haya realizado una “Patientenverfügung” o que ella haya sido prevista para un caso diverso del que actualmente afecta al paciente, corresponderá al médico establecer el consentimiento presunto del enfermo en orden a aceptar o a rechazar la aplicación del tratamiento

---

<sup>125</sup> Cfr. dichas normas en el punto I,1.

<sup>126</sup> Cfr. para dicho concepto el punto I, 3, a).

<sup>127</sup> Véase en ese sentido SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. (n. 73), p. 477.

<sup>128</sup> Cfr. al efecto KUTZER, Klaus, cit. (n. 97), pp. 345 ss.; y QUAAS, Michael - ZUCK, Rüdiger, cit. (n. 59), § 68: Einzelfelder der Biomedizin, números marginales 160 ss. Véase también EIDAM, Lutz, cit. (n. 77), pp. 235 s.

<sup>129</sup> Cfr. REUS, Katharina, *Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes*, en *Juristenzeitung* (2010), p. 80.

<sup>130</sup> Cfr. KNAUER, Christoph / BROSE, Johannes, cit. (n. 77), número marginal 19.

de que se trate (cfr. § 1901a inciso 2º BGB.)<sup>131</sup>. Nuevamente se parte de la base de que el paciente ha perdido su capacidad, ya sea física o psíquica, de prestar su consentimiento. En cambio, si el paciente estuviera en condiciones de manifestar válidamente su consentimiento en orden a aceptar o a rechazar la aplicación de un determinado tratamiento médico, correspondería al facultativo preguntarle directamente si es que consiente o no. En ese sentido, si bien la “Patientenverfügung” es útil, tratándose de pacientes que no pueden manifestar su consentimiento, ella quedará desplazada frente a la manifestación actual del consentimiento por parte del enfermo<sup>132</sup>, que goza de supremacía y puede, en cualquier momento y sin formalidad, revocar la “Patientenverfügung” realizada con anterioridad (cfr. § 1901a inciso 2º BGB.). Ello no es sino una manifestación del respeto de la autonomía del paciente, que puede cambiar de opinión en cuanto a la aceptación o al rechazo de la aplicación de un determinado tratamiento médico. Por lo demás, no hay que olvidar que una manifestación del consentimiento como la que supone la “Patientenverfügung” es, en cierto sentido, teórica y abstracta, pues implica que el paciente se sitúe en un supuesto de enfermedad que aún no existe. Debido a ello es que se permite, sin excepciones, que el paciente, una vez enfrentado a la enfermedad en cuestión, actualice su voluntad en cuanto a aceptar o a rechazar un determinado tratamiento médico.

En Chile, el proyecto de ley que regula los derechos y deberes de las personas en relación con actuaciones vinculadas a su atención de salud, propone la consagración legal de la expresión de voluntades anticipada o testamento vital. En el artículo 18 de dicho proyecto se contempla la posibilidad de que el paciente en cuestión manifieste de forma anticipada, por escrito y ante un ministro de fe o bien al momento de ser internado, ante el Director del establecimiento asistencial o en quien éste haya delegado dicha función y el profesional de la salud responsable de su ingreso, su voluntad en cuanto a someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Asimismo, se establece que se trata de un acto esencialmente revocable, pudiendo manifestarse en cualquier momento una revocación verbal, sin perjuicio de que deba dejarse testimonio de ella por escrito, a fin de que sea oponible. Por otra parte, el proyecto señala: *“Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su*

---

<sup>131</sup> Dicho inciso establece, además, que el consentimiento presunto del paciente deberá determinarse en base a elementos concretos, como manifestaciones escritas u orales, que el paciente hubiese realizado con anterioridad, sus convicciones éticas o religiosas, así como otras valoraciones personales del enfermo.

<sup>132</sup> Cfr. en esa línea SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. (n. 73), p. 477.

*representante legal, por no existir o por no ser habido*”. Con ello, el proyecto de ley chileno se aleja de la norma alemana sobre la “Patientenverfügung” que, acertadamente, no exige que el paciente se encuentre en estado de salud terminal. Pues si de lo que se trata es de respetar la autonomía del paciente en lo que dice relación con su incolumnidad o intangibilidad corporal, no resulta acertado establecer limitaciones en cuanto a la naturaleza de la enfermedad o a su estado de avance<sup>133</sup>. Por otra parte, también resulta criticable la formulación establecida al principio del proyecto, en orden a que el paciente puede manifestar su voluntad de someterse, pero no de rechazar desde un principio el procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud<sup>134</sup>. Pues, si bien la voluntad del paciente en orden a someterse a un procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud es revocable, puede que dicha revocación no sea posible con posterioridad, por ejemplo, si el paciente se encuentra inconsciente. Es más, probablemente lo más común será que el paciente desee manifestar anticipadamente su voluntad en orden a que un determinado tratamiento médico no le sea aplicado, por ejemplo, por ser demasiado invasivo, doloroso, contrario a sus convicciones religiosas o éticas, etc. Finalmente, la formulación del proyecto de ley chileno resulta demasiado amplia, pues señala que el paciente puede manifestar su voluntad en cuanto a someterse a “*cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud*”. A propósito del testamento vital efectuado al momento de ser internado en el centro asistencial, si bien no es necesario que la manifestación del paciente se extienda expresamente a todas las posibles intervenciones médicas que pudiesen afectar su integridad corporal o salud, él debe ser informado de las intervenciones programadas al momento en que manifiesta su consentimiento, debiendo el médico señalárselas todas aquellas circunstancias que, según el caso, puedan considerarse relevantes para el otorgamiento del consentimiento por parte del enfermo<sup>135</sup>. Por otra parte, el consentimiento que el paciente otorga dice relación específicamente con la afectación de su integridad corporal o salud, y no con “*cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud*”.

Si bien la expresión de voluntades anticipada o testamento vital en ningún caso constituye una solución a la punibilidad del médico que provoca activa y directamente la eutanasia del enfermo, ella sí puede constituir una

---

<sup>133</sup> En ese sentido, la norma no abarcaría el caso de un paciente que se encuentra en estado de inconsciencia y sin riesgo vital producto de un accidente, que previamente hubiese manifestado su voluntad de rechazo de un determinado tratamiento médico.

<sup>134</sup> Ello además concordaría con lo establecido en el artículo 28 del *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* de 2008, que sí establece el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento.

<sup>135</sup> Cfr. el punto I,1.

causal de exclusión de la punibilidad respecto de la eutanasia pasiva<sup>136</sup>. Para provocar dicho efecto, sin embargo, resulta necesaria una regulación que exija una manifestación de voluntad determinada, que contenga una descripción concreta de los supuestos médico terapéuticos en los cuales ella debe regir, en el sentido de la *Patientenverfügung* alemana. Dicha exigencia no obedece a razones paternalistas, sino que por el contrario, a la idea de que el actuar del médico debe ceñirse, en primer lugar y frente a cualquier otra consideración, a la voluntad real del paciente en lo que diga relación con la afectación de su integridad corporal o salud o incluso de su vida.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, Knut - EYMANN, Frieder, *Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, en *Juristische Schulung* (2001).
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, *El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español*, en *InDret 2/2009* [visible en internet: [http://www.indret.com/pdf/620\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/620_es.pdf)]
- ARZT, Gunther, § 216 *Sterbehilfe, Selbstmord*, en ARZT, GUNTHER, - WEBER, Ulrich - HEINRICH, Bernd - HILGENDORF, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil* (2ª edición, Bielefeld, Giesecking, 2009).
- BASCUÑÁN, Antonio, *La píldora del día después ante la jurisprudencia*, en *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004) {visible en internet: [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_3389.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3389.html)}.
- BAUMANN, Jürgen, *Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?* en *Neue Juristische Wochenschrift* (1958).
- BEAUCHAMP, Tom L. - CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics* (4ª edición, New York, Oxford, Oxford University Press, 1994).
- BIRNBACHER, Dieter, *Tun und Unterlassen* (Stuttgart, Reclam, 1995).
- BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes* (Stuttgart, Georg Thieme Verlag, 1968).
- BOLLACHER, Florian - STOCKBURGER, Jochen, *Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung*, en *Juristische Ausbildung* (2006).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Autonomía und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung*, en HEINRICH, Manfred - JÄGER, Christian - ACHENBACH, Hans - AMELUNG, Knut - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - SCHÜNEMANN, Bernd - WOLTER, Jürgen (editores), *Strafrecht als Scientia Universalis*, en *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), I.
- CHATZIKOSTAS, Konstantinos, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2001).
- DE FARIA COSTA, José, *O fm da vida e o direito penal*, en EL MISMO, *Linhos de Direito Penal e de Filosofia* (Coimbra, Coimbra Editora, 2005).
- DÖLLING, Dieter, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1984).

<sup>136</sup> Cfr. en ese sentido, si bien en otros términos, SCHREIBER, Hans-Ludwig, cit. (n. 73), p. 477.

- DÖLLING, Dieter, *Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid*, en BLOY, René - BÖSE, Martin - HILLENKAMP, Thomas - MOMSEN, Carsten - RACKOW, Peter (editores), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (Berlin, Duncker & Humblot, 2010).
- EIDAM, Lutz, *Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 25. 6. 2010*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2011).
- ENGISCH, Karl, *Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58 (1939).
- ENGISCH, Karl, *Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, en STICH, R. - BAUER, K.H. (editores), *Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen* (Jena, Veb Gustav Fischer Verlag, 1958), II.
- ENGISCH, Karl, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, en JESCHECK, Hans-Heinrich - LÜTTGER, Hans (editores), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 1977).
- ENGLÄNDER, Armin, *Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch. Zur Revision der Sterbehilfedogmatik durch den 2. Strafsenat des BGH*, en *Juristen Zeitung* (2011).
- ESER, Albin - STERNBERG-LIEBEN, Detlev, § 223, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar* (28<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010).
- ESER, Albin, § 216, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar* (28<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2010).
- FIGUEIREDO DIAS, J., *A "ajuda à morte": uma consideração jurídico-penal*, en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 137 (Março-Abril 2008) N° 3.949.
- FISCHER, Thomas, *Direkte Sterbehilfe. Anmerkung zur Privatisierung des Lebensschutzes*, en HEINRICH, Manfred - JÄGER, Christian - ACHENBACH, Hans - AMELUNG, Knut - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - SCHÜNEMANN, Bernd - WOLTER, Jürgen (editores), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), I.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (58<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2011).
- FRISTER, Helmut - LINDEMANN, Michael - PETERS, Alexander, *Arztstrafrecht* (München, Beck, 2011).
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2009).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general* (4<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), II.
- GEILEN, Gerd, *Euthanasie und Selbstbestimmung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1975).
- GEPPERT, Klaus, *Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 83 (1971).
- HARDWIG, Werner, *Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1965).
- HERNÁNDEZ, Héctor, *Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática*, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado* (Universidad Diego Portales 2010), VI.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, *Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?* en *Neue Juristische Wochenschrift* (1986).

- HOERSTER, Norbert, *Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe*, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1986).
- HORN, Eckhard - WOLTERS, Gereon, § 223, en RUDOLPHI, Hans-Joachim - HORN, Eckhard - GÜNTHER,
- Hans-Ludwig - SAMSON, Erich (editores), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (7ª edición, München, Luchterhand, estado agosto de 2003), II.
- JÄHINKE, Burkhard, § 216, en EL MISMO - LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm - ODERSKY, Walter (editores), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar* (11ª edición, Berlin, De Gruyter Recht, 2005), V.
- JAKOBS, Günther, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtsystem*, en *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte* (1998) 2.
- JAKOBS, Günther, *Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen*, en HAFT, Fritjof - HASSEMER, Winfried - NEUMANN, Ulfried - SCHILD, Wolfgang - SCHROTH, Ulrich (editores), *Strafgerichtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, C. F. Müller, 1993).
- JANSSEN, André, *Die Regelung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden. Ein Novum, en Zeitschrift für Rechtspolitik* (2001).
- JOERDEN, Jan C., *Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe und der Knobe-Effekt*, en HEINRICH, Manfred - JÄGER, Christian - ACHENBACH, Hans - AMELUNG, Knut - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - SCHÜNEMANN, Bernd - WOLTER, Jürgen (editores), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011), I.
- KINDHÄUSER, Urs, *Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal*, en EL MISMO, *Teoría de las normas y sistemática del delito* (Lima, Ara Editores, 2008).
- KNAUER, Christoph - BROSE, Johannes, § 211, 212 y 216, en SPICKHOFF, Andreas (editor), *Medizinrecht* (München, Beck, 2011).
- KUBICIEL, Michael, *Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid als selbstbestimmtes Sterben?* en *Juristen Zeitung* (2009).
- KUHLEN, Lothar, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, en SCHÜNEMANN, Bernd - ACHENBACH, Hans - BOTTKE, Wilfried - HAFFKE, Bernhard - RUDOLPHI, Hans-Joachim (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2001).
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Responsabilidad penal del acto médico*, en *Revista Chilena de Derecho*, 13 (1986) 2 [visible en internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649574>].
- KUTZER, Klaus, *Vorausverfügter Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen und das Verbot der Tötung auf Verlangen*, en BERNSMANN, Klaus - FISCHER, Thomas (editores), *Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011).
- LENCKNER, Theodor - STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Vor §§ 32ff*, en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch, Kommentar* (28ª edición, München, Beck, 2010).
- LENCKNER, Theodor, *Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72 (1960).
- MAURACH, Reinhardt, SCHROEDER, Friedrich-Christian - MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte* (10ª edición, Heidelberg, C. F. Müller, 2009), I.

- MERKEL, Reinhard, *Früheuthanasie* (Baden-Baden, Nomos, 2001).
- MERKEL, Reinhard, *Teilnahme am Suizid, Tötung auf Verlangen, Euthanasie*, en HEG-SELmann, Rainer - EL MISMO (editores), *Zur Debatte über Euthanasie* (2<sup>a</sup> edición, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992).
- MITSCHE, Wolfgang, § 17 Rechtfertigungsgründe, en BAUMANN, Jürgen - WEBER, Ulrich Mitsch - Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11<sup>a</sup> edición, Bielefeld, Giesecking, 2003).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht*, en ROXIN, Claus - SCHROTH, Ulrich (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4<sup>a</sup> edición, Stuttgart, Boorberg, 2010).
- MÜSSIG, Bernd, *Mord und Totschlag* (Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005).
- NEUMANN, Ulfrid, *Vor § 211 y § 216*, en KINDHÄUSER, Urs - NEUMANN, ULFRID - PAEFFGEN, Hans-Ullrich (editores), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3<sup>a</sup> edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), II.
- NIESE, Werner, *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff*, en BOCKELMANN, Paul - GALLAS, Wilhelm (editores), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961).
- NOLL, Peter, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten* (Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1955).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I.
- PAEFFGEN, Hans-Ullrich, § 228, en KINDHÄUSER, Urs - NEUMANN, Ulfrid - EL MISMO (editores), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3<sup>a</sup> edición, Baden-Baden, Nomos, 2010), II.
- POLITOFF L., Sergio - MATUS A. - Jean Pierre - RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- POLITOFF, Sergio - GRISOLÍA, Francisco - BUSTOS, Juan, *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2006).
- PUPPE, Ingeborg, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3. 3. 1994 und 29. 6. 1995*, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht (2003).
- PUPPE, INGEBORG, *División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica*, en *Indret* 4/2006, pp. 1-13 [visible en internet: [http://www.indret.com/pdf/382\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf)].
- PUPPE, Ingeborg, *La justificación de la intervención médica curativa*, en *Indret* 1/2007, pp. 1-14 [visible en internet: [http://www.indret.com/pdf/404\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/404_es.pdf)].
- QUAAS, Michael y ZUCK, Rüdiger, *Medizinrecht* (2<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2008).
- QUANTE, Michael y VIETH, Andreas, *Welche Prinzipien braucht die Medizinethik? Zum Ansatz von Beauchamp und Childress*, en DÜWELL, Marcus - STEIGLEDER, Klaus (editores), *Bioethik* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2003).
- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit* (12<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2011).
- REUS, Katharina, *Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes*, en *Juristenzeitung* (2010).
- RÍOS, Jaime, *El consentimiento en materia penal*, en *Polít. crim.* n° 1 (2006), A6, pp. 1-37 [visible en internet: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf)]

- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*, (Arequipa, Adrus, 2004), II.
- ROXIN, Claus, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, en EL MISMO - SCHROTH, Ulrich (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4ª edición, Stuttgart, Boorberg, 2010).
- SCHMIDT, Eberhard, *Comentario de la sentencia del BGH de 28 de noviembre de 1957, en Juristische Rundschau* (1958).
- SCHNEIDER, Christian, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung* (Berlin, Duncker & Humblot, 1997).
- SCHNEIDER, Hartmut, § 216, en JOECKS, Wolfgang - MIEBACH, Klaus (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Múnchen, Beck, 2003), III.
- SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Das Recht auf den eigenen Tod – zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1986).
- SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Das ungelöste Problem der Sterbehilfe*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2006).
- SCHROTH, Ulrich, *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab*, en ROXIN, Claus - EL MISMO (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4ª edición, Stuttgart, Boorberg, 2010).
- SCHROTH, Ulrich, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern*, en ROXIN, Claus - EL MISMO (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4ª edición, Stuttgart, Boorberg, 2010).
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, § 15, en Schöenke/Schröder *Strafgesetzbuch, Kommentar* (28ª edición, München, Beck, 2010).
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *Rationierung in der Medizin und strafrechtliche Haftung des Arztes*, en GEISLER, Claudio - KRAATZ, Erik - KRETSCHMER, Joachim - SCHNEIDER, Hartmut - SOWADA, Christoph (editores), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag* (Berlin, Walter de Gruyter, 2011).
- STRATENWERTH, Günter y KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat* (5ª edición, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004).
- STRATENWERTH, Günter, *Sterbehilfe*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Revue Pénale Suisse* 95 (1978).
- TENTHOFF, Christian, *Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips* (Berlin, Duncker & Humblot, 2008).
- TUGENDHAT, Ernst, *Aufsätze* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001).
- ULSENHEIMER, Klaus, § 138 y § 140, en LAUFS, Adolf - KERN, Bernd-Rüdiger (editores), *Handbuch des Arztrechts* (Múnchen, Beck, 2010).
- VARGAS PINTO, Tatiana, *La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17 (2010) 2 [visible en internet: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000200005&script=sci_arttext)].
- VERREL, Torsten, *Ein Grundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig!*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2010).
- VERREL, Torsten, *Richter über Leben und Tod?* en *Juristische Rundschau* (1999).
- VOGEL, Joachim, § 15, en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm - RISSING-VAN SAAN, Ruth - TIEDEMANN, Klaus (editores), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar* (12ª edición, Berlin, De Gruyter Recht, 2007).
- VON HIRSCH, Andrew y NEUMANN, Ulfried, »*Indirekter Paternalismus im Strafrecht*

- am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), en Goltdammer's Archiv für Strafrecht (2007).*
- VOSSENKUHL, Wilhelm, *Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen*, en ROXIN, Claus - SCHROTH, Ulrich (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4<sup>a</sup> edición, Stuttgart, Boorberg, 2010).
- WEBER, Ulrich, § 6 *Verletzung des Rechtsguts „körperliche Integrität“*, §§ 223 ff., und *Nebenstrafrecht*, en ARZT, Gunther - EL MISMO - HEINRICH, Bernd - HILGENDORF, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil* (2<sup>a</sup> edición, Bielefeld, Giesecking, 2009).
- WEIGEND, Thomas, *Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 98 (1986).
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, *Derechos del paciente y eutanasia en Chile*, en *Revista de Derecho* 21 (Valdivia, diciembre de 2008) 2 [visible en internet: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071809502008000200005&lng=es&nrm=iso&ctlg=es](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502008000200005&lng=es&nrm=iso&ctlg=es)].

