



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Leiva López, Alejandro

La regulación de la eutanasia, según la ley N° 20.584 sobre derechos del paciente

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLI, diciembre, 2013, pp. 505-558

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173629692015>

- ▶ 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

LA REGULACIÓN DE LA EUTANASIA, SEGÚN LA LEY Nº 20.584 SOBRE DERECHOS DEL PACIENTE*

[Regularization of Euthanasia According to Act No. 20.584 on Patients' Rights]

ALEJANDRO LEIVA LÓPEZ**

Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile

RESUMEN

El autor realiza un estudio exegético de la nueva Ley de Derechos del Paciente (Ley 20.584), a partir del cual analiza la figura de la eutanasia. Se plantean diversas hipótesis y propuestas desde un prisma eminentemente dogmático–penal, sin perjuicio de recurrir a la medicina y la bioética como ciencias complementarias a la investigación, en relación con el rechazo a tratamientos médicos como derecho limitado del paciente.

PALABRAS CLAVE

Eutanasia – Derechos del Paciente – Rechazo a tratamientos médicos – Homicidio – Auxilio al suicidio.

ABSTRACT

The author conducts an exegetic study of the new Act on Patients' Rights (Act 20.584), from which he analyzes the concept of euthanasia. Several hypotheses are posed and proposals put forward from a mainly dogmatic/criminal law point of view, notwithstanding of resorting to medicine and bioethics as sciences complementary to the research in relation to the refusal of medical treatments as a limited right of the patient.

KEYWORDS

Euthanasia – Patient's Rights – Medical treatment refusal – Homicide – Assisted suicide.

RECIBIDO el 31 de octubre y ACEPTADO el 9 de diciembre de 2013

* La presente investigación se enmarca dentro del proyecto interno de investigación N° 20120926110634334161 de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, denominado "La eutanasia: revisión de su regulación en Chile y propuestas político criminales". Agradezco el apoyo en esta labor de mis ayudantes de investigación doña María José Osorio y doña Astrid Cereceda.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, profesor de la Universidad del Desarrollo y Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Chile. Correo postal: Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Av. Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: aleival@udd.cl

I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA EUTANASIA Y SU CONCEPTUALIZACIÓN

Los conceptos de autonomía y dignidad han resultado ser una de las principales banderas de quienes defienden la eutanasia¹, puesto que éstas se verían menoscabadas o negadas en casos de pacientes en estado de salud terminal y que padecen fuertes e intensos dolores, en enfermos que ven limitada su libertad de espontaneidad y desplazamiento, aquellos que pierden su lucidez o abandonan una determinada calidad de vida, y en general quienes por su condición ven en la muerte la digna retirada ante una existencia miserable.

Así, para Bustos², la eutanasia debe entenderse como una manifestación

¹ Ambos conceptos –autonomía y dignidad– han sido erigidos como pilar fundamental para las teorías en favor de la eutanasia, pues la autonomía humana permitiría al hombre, según estas posiciones, disponer libremente de su actuar y de su ser, y por supuesto, también de su vida, cuando ella no reviste caracteres de dignidad mínimos. Ello redituía en el derecho a morir de forma digna, esto es, en las condiciones, tiempo y modalidades acordes a estos principios. Bajo este prisma, “[...] la capacidad de auto-determinación del ser humano es total y absoluta, de manera que estaría legitimado el ejercicio de la libertad de quien decide poner fin a la propia vida (...)", “[u]na persona capaz puede, por tanto, determinar el momento de finalizar la propia vida cuando considera que ya no es digna de ser vivida": JOSEP PORTA y otros *Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos*, en *Revista Medicina Paliativa*, 9 (2002) 1, pp. 37-40. En el mismo sentido, anteponiendo la autonomía, la dignidad del ser humano y en defensa de la eutanasia, entre muchos: MAYER, Laura, *Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000200009&script=sci_arttext&ctlgng=en], p. 373, para quien “[e]l 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", lo cual además, señala la autora, estaría reconocido a nivel constitucional; DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Barcelona, Editorial Ariel, 1998), p. 248, señala en relación a la autonomía, que “[...] es crucial para el derecho de los individuos de asumir o adoptar decisiones centrales por sí mismos, el que les permita finalizar sus vidas cuando lo deseen, al menos cuando su decisión no sea claramente irracional [...]" y con gran acogida en el mundo por los movimientos a favor de la eutanasia y argumentando por la dignidad humana el “Manifiesto a favor de la eutanasia”, suscrito, entre otros, por los premios Nobel Linus Pauling de la Universidad de Stanford, Sir George Thompson de la Royal Society de Inglaterra, y Jacques Monod, del Instituto Pasteur de Francia, en PAULING, Linus y otros, *A Plea for Beneficent Euthanasia* [visible en internet: <http://www.worldrtd.net/news/plea-beneficent-euthanasia>]

² BUSTOS, Juan. *Obras completas. Derecho penal. Parte especial* (2^a edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), III, p. 40. Argumento que complementa señalando que el suicidio no constituye injusto, y por tanto el sujeto tiene disponibilidad de su vida, lo que no implica necesariamente que por ello se puede derivar este derecho

del derecho de las personas a tener una muerte digna. El reconocimiento a la dignidad de la persona, señala el autor, importa un reconocimiento a su vida, y por ello el reconocimiento de que se pueda disponer de su momento culmine, como es la muerte.

La muerte provocada, pasaría a ser así un acto de misericordia hacia el enfermo, un acto de económica racionalidad, una decisión de terceros o propia del paciente en aras de poner fin a un proceso que parece indefinido en el tiempo, o incluso un acto de valentía o compasión por quien no puede por sí sólo procurarse la solución a tan precario estado³.

Para otros, pareciera fundar estas posiciones una visión hedonística de la existencia, en que el dolor debe ser evitado a toda costa, subyugándonos a una existencia que sólo mire el goce, la satisfacción corporal, y la independencia física como realización espiritual del hombre, siendo recomendable poner término a la vida cuando ello no se consigue, o nuestra propia fisiología recibe los embates naturales del tiempo y el desgaste propio de nuestros cuerpos⁴.

En este sentido, y tal como lo han señalado en España –país donde veremos, esta discusión lleva varios años– la condición digna de la vida humana es invariable desde que se comienza a existir hasta la muerte, e independiente de condiciones cambiantes a lo largo de la existencia. El derecho a una muerte digna es un eufemismo para fomentar un supuesto derecho a matarse, o a matar por compasión, en sintonía con una inaceptable concepción de la autonomía, la libertad y la vida humanas⁵.

a terceros. Sin embargo, esta discusión la veremos más adelante en relación a los límites jurídico penales de estos conceptos.

³ En este sentido, JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Eutanasia y homicidio por piedad*, en *EL MISMO Libertad de amar y derecho a morir* (7^a edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984), p. 410, interpretando el pensamiento de Binding, distingue entre eutanasia “libertadora”, “eliminadora” y eutanasia “económica”. La primera, es la que tiene por objeto liberar del penoso sufrir al paciente enfermo, y que por tanto, debe ser solicitada o requerida por quien sufre; la segunda –eliminadora– es la que busca mejorar la especie humana eliminando a los sujetos menos aptos, como enfermos mentales, idiotas y dementes incurables; y por último, la económica, que es aquella que busca, en la muerte del sujeto, evitar la pesada carga que representa para sus familias y la sociedad los considerables cuidados que requieren y demandan.

⁴ Discusión que ha sido desarrollada fundamentalmente a partir de la filosofía platónica, como también por la aristotélica. Sobre este punto y para este último, el hedonismo no constituye en modo alguno el bien, “[...] sin embargo lo parece; y así se prefiere el placer como bien, y se huye del dolor como un mal”: en ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco* (traducción de Salvador Rus Rufino y Joaquín E. Meabe, Madrid, Editorial Tecnos, 2009), p. 314 ss.

⁵ NOMBELA, César y otros, *La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica* [visible en internet: http://www.defensamuertenatural.org/wpcontent/documentos/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf], pp. 1 y 19.

Desde un prisma político-criminal, también existen discordancias, y para algunos pareciera poco aconsejable legislar permisivamente sobre la eutanasia⁶. Así, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos ha señalado que “el establecimiento de una norma pública permisiva para la eutanasia podría suponer trasladar un mensaje social a los pacientes más graves e incapacitados, que se pueden ver coaccionados, aunque sea silenciosa e indirectamente, a solicitar un final más rápido, al entender que suponen una carga inútil para sus familias y para la sociedad”⁷.

Jiménez de Asúa⁸, quien trata de manera impecable el tema en su obra *Libertad de amar y derecho a morir*, sitúa esta disyuntiva entre los temas más difíciles para el Derecho penal, problemática que no puede ser contestada con un sí o no rotundos⁹.

En el mismo sentido Roxin¹⁰ señala que dicha complejidad obedecería principalmente a tres razones, a nuestro juicio, plenamente aplicables a la legislación nacional: *i) por la falta de una regulación legal expresa de la misma: de los párrafos del asesinato y del homicidio del Código Penal alemán no puede extraerse la eutanasia o abarcan, como ocurre con el homicidio a petición (§ 216 StGB¹¹), tan sólo una parte de la problemática dejando sin*

⁶ En nuestro país, se propuso por parte de la Comisión Foro Penal, en su *Anteproyecto de Código*, la figura del “homicidio a ruego”, bajo la siguiente fórmula: “*el que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo*”. Véase: Secretaría Técnica Comisión Foro Penal, *Materiales de discusión presentados a la comisión foro penal, parte especial*, en *Política criminal*, 1 (2006) 1 [visible en internet: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf]

⁷ JOSEP PORTA y otros, cit. (n. 1), p. 39.

⁸ Sobre la problemática de la regulación de la *eutanasia* en España, antes y después del *Código Penal* de 1995:, ALONSO, Mercedes, *La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, en *Revista Penal* 21/2008 [visible en internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/339/330>]

⁹ JIMÉNEZ DE ASUA, L., cit. (n. 3), p. 335.

¹⁰ ROXIN, Claus, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, julio 1999, número 01-10) [visible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html], p. 2: “[e]l enjuiciamiento de la *eutanasia* pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal”.

¹¹ El que reza: “[h]omicidio a petición (1) [s]i alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) [I]a tentativa es punible.” La versión del *Código Penal* alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título *Strafgesetzbuch* (32^a edición, C. H. Beck, Múnchen, 1998). La fecha debe ser tomada en cuenta en relación con las modificaciones posteriores y actualmente vigentes. Con este objeto, debe consultarse el texto difundido [en línea] <<http://jurcom5.juris>>

resposta muchas preguntas; *ii*) porque son problemas existenciales que tratan acerca de la decisión sobre la vida o la muerte, que hace que por lo general apenas puedan ser susceptibles de regulación a través de normas abstractas, ya que el derecho vive de situaciones cotidianas tipificables y no siempre puede acertar con la singularidad del proceso mortal a través de su conceptualización generalizadora; y *iii*) porque se dificulta un acuerdo sobre lo permitido y lo prohibido en la medida en que la eutanasia no es dominio exclusivo de los penalistas. En este ámbito médicos, filósofos, teólogos y escritores reclaman con razón su derecho a intervenir enriqueciendo así el debate, pero complican un acuerdo acerca de su enjuiciamiento jurídico–penal a través de muchas premisas extrajurídicas de discutido carácter ideológico, propagandístico y de opinión.

Por otro lado, y desde el punto de vista médico, para algunos el deber ético de no abandono de un enfermo es ayudarlo a sobrellevar sus sufrimientos hasta el fin de su vida¹². El médico dispone de muchos recursos para aliviar los dolores y angustias de los enfermos, sin necesidad de provocarle la muerte en forma intencionada, sea directa o indirectamente¹³.

Para otros, dicho deber constituye precisamente lo contrario, es decir, más que una forma de matar a los enfermos, la eutanasia sería una verdadera cura, un remedio sintomático de los más espantosos dolores, y en fin, un medio beneficioso para los que sufren cruelmente¹⁴.

Sin perjuicio de éstas y otras posiciones que veremos en adelante, y para introducirnos al tema que nos ocupa principalmente, los derechos reconocidos a los pacientes y su ejercicio requieren de un conocimiento cabal sobre su estado de salud, sus posibilidades de sobrevida, las vías alternativas de recuperación, y todo aquello que de forma fundamental permita que decisiones tan complejas como la negación a un tratamiento médico sean tomadas con seriedad, de forma libre y carentes de coacción. Sin dicho conocimiento, no hay en sí libertad. Y es que toda la discusión acerca de la eutanasia, no puede ser abordada meramente desde un prisma jurídico, puesto que muchos de sus factores y conceptos escapan a esta rama de las ciencias sociales. La Ley

de/bundesrecht/stgb/index.html>, actualizado hasta el 30 de agosto de 2002. Código Penal de 15 de mayo de 1871 (RGBl. S. 127), en la versión del 13 de noviembre de 1998 (BGBl. I, 3322), modificada últimamente 34a Ley modificatoria del derecho penal: § 129b StGB (34. StrÄndG) vom 22. August 2002 (BGBl. I, 3390).

¹² Véase, por ejemplo, en relación con el fallo de la Corte Constitucional de Colombia que despenaliza la eutanasia en pacientes terminales: GUTIÉRREZ, Javier, *Eutanasia activa en pacientes terminales* [visible en internet: <http://www.redalyc.org/pdf/283/28328308.pdf>] p. 159.

¹³ GOIC, Alejandro, Apuntes sobre la eutanasia [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872005000300014&script=sci_arttext] p. 374.

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, L., cit. (n. 3), pp. 435 ss.

Nº 20.584 parte de supuestos que en sí son tremadamente conflictivos, y sobre los cuales existen concepciones profundas y muchas veces antagónicas.

Así, el concepto de libertad –en términos ontológicos– se presenta como indispensable referente para todas las posiciones sobre el tema¹⁵.

Al contrario, las normas rupturistas de Holanda y Bélgica están inspiradas en el principio de autonomía de la voluntad y la libertad como su vehículo indispensable, en el sentido de que ellas –libertad y autonomía– se ven menoscabas precisamente por la imposibilidad física del paciente de auto-determinarse, puerto al que han arribado fundándose en que dicha facultad es consustancial al Estado democrático de Derecho¹⁶.

En definitiva, no es nuestro afán agotar la discusión en las siguientes páginas, ni mucho menos procurar resolver cuestionamientos que pertenecen a discusiones filosóficas profundas que escapan al estudio del jurista¹⁷. Nuestra labor es más modesta y esperamos agotar en un breve estudio axiológico los principales conceptos y principios que inspiran la ley de derechos del paciente, y como ellos pueden encontrarse con la dogmática penal en relación a la aceleración del proceso de muerte y la eutanasia. Para ello, sentaremos a continuación los límites conceptuales relacionados con la temática eutanasica, de manera de contar con los cimientos a lo largo del camino que nos señalen los parámetros interpretativos a considerar.

1. Conceptos y límites jurídico-penales.

Difícil resulta una conceptualización del término eutanasia, puesto que desde su origen etimológico se nos presenta una idea errónea o más bien parcial de su significado.

¹⁵ Como señala GAMBRA, Rafael, *Las raíces eternas de la libertad* [visible en internet: <http://www.fundacionspeiro.org/pdf/actas/RACC1987.pdf>], p. 182., la libertad consiste en el atributo de la voluntad, manifestada como “la tendencia que se desencadena en un ser a partir de antecedentes cognocitivos”, y no “sólo sensitivos, sino racionales”. Es decir, ella no sólo se manifiesta en una libertad de coacción –como un caballo al que le es soltada su rienda para que se desplace libremente, pero el cual sigue bajo el dominio humano–, sino más bien en una libertad de arbitrio y trascendente al devenir terrenal o físico (denominado por él como libre albedrío humano). En,

¹⁶ GARCÍA, Nicolás, *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*, en *Revista Penal*, 11 (2003), p. 17.

¹⁷ Para un estudio profundo y desde una concepción histórica y jurídica de la dignidad, véase: GAMBRA, José Miguel, *La noción clásica de dignidad y los derechos humanos* [visible en internet: <http://www.fundacioneliasdetejada.org/Documentacion/Analisis/PDF%20ANALES%202016/ANA16-P-031-053.pdf>].

Ello puede llevar al lector a tomar posiciones apresuradas¹⁸, tanto en su finalidad, como en su contenido moral o ético de la eutanasia¹⁹.

Tampoco existe en nuestro país un consenso sobre el adecuado uso del término y una categorización de las distintas situaciones que puede involucrar, especialmente en materia penal, donde es necesario distinguir cada caso para la determinación de posibles conductas u omisiones punibles.

Un adecuado uso y distinción de nomenclaturas nos permitirá afrontar con seriedad situaciones límite, catalogar como ilícitas aquellas que vulneren nuestro ordenamiento jurídico, llegar a acuerdos y fundar posiciones, las cuales muchas veces transitan por vías separadas, sin posibilidad de convergencias mínimas para una adecuada discusión sobre el tema²⁰.

¹⁸ Asimismo, y frente a esta popular definición, José Miguel Serrano se cuestiona señalando que “[...] parece que no casan bien ‘buena’ con ‘muerte’, pues la muerte interrumpe la vida que es lo bueno. De esta forma, no hay buena muerte a no ser que la muerte no sea lo que comúnmente pensamos o que ideologicemos la muerte enmascarándola como algo distinto de lo que es. La buena muerte queda entonces para una profundización religiosa o para un canto de exaltación guerrera o amorosa, al modo de los románticos que al no saber amar estrecharon sus brazos con el morir [...]”: SERRANO, José Luis, *La eutanasia*, en *Cuadernos de Bioética*, 8 (1997) 31, p. 1.135.

¹⁹ Conocido es el origen griego del término “eutanasia” y que distingue entre los vocablos *eu-*, que significa “bien”, y *thanatos* que representa “muerte”. Dicha etimología nos la presenta como la *buena muerte* o la *muerte dulce*. El vocablo fue creado, como relata Jiménez de Asúa, en el siglo XVII por el canciller inglés Francisco Bacon, al estudiar en uno de los capítulos de sus conocidas obras *El tratamiento de las enfermedades incurables*, que según Bacon, no es otro que la eutanasia. El canciller de Inglaterra quería que el final de la vida se acepte por la razón y que el arte implique todos los recursos para lograrlo “como un poeta dramático consagra los esfuerzos de su genio al último acto de su obra”: JIMÉNEZ DE ASUA, L., cit. (n. 3), p. 337. Este último termina señalando que cuando de ese vocablo se ha querido extraer una doctrina, su sentido ha cambiado, adoptando muy distinto contenido. Un término parecido, pero que ha tenido poca divulgación es el de “ortotanasia” (del griego *orthos*, que se traduce como “recto” y *thanatos*, como “muerte”), designa las acciones correctas ante la muerte en un paciente con enfermedad incurable y en fase terminal: PÉREZ, José Luis, *Eutanasia vs cuidados paliativos* [visible en internet: <http://www.muertedigna.org/textos/euta75.htm>]. Sobre este y otros términos trataremos más adelante.

²⁰ Como veremos, existen multiplicidad de conceptos que tienden a confundirse, y al tratarse de materias que no sólo importan al jurista, los vocablos provenientes de otras ciencias tienden a ser contradictorios o poco asimilables frente a las interpretaciones que podemos darle en Derecho. La eutanasia, como tal, y en Chile, no ha sido sancionada en materia penal, por lo que necesariamente, el provocar la muerte de otro, debe en muchos casos encasillarse como un homicidio (por acción o por omisión). Sin embargo, los límites no son tan definidos, y figuras como el suicidio asistido roza las barreras con otros tipos penales. Asimismo, conceptos médicos como la limitación del esfuerzo terapéutico (o LET), prolongación artificial de la vida, cuidados paliativos, o eugenésia entre otros, complejizan su análisis, y hacen necesario establecer los límites

Por otro lado y desde un aspecto sociológico, el concepto carga la inevitable idea de un acto de piedad, de compasión y humanidad frente al enfermo grave que no desea pasar sus últimos días viviendo de forma decadente y padeciendo terribles dolores. Dicha concepción refleja un sesgo insoslayable, pues sólo constituye una de las diversas hipótesis que se presentan en un estudio de esta naturaleza²¹.

Asimismo, el concepto ha adquirido múltiples interpretaciones a consecuencia de la práctica que se le ha dado durante el siglo pasado, y que inevitablemente nos lleva a recapacitar sobre su entendimiento y regulación. Así, las prácticas eutanasicas y eugenésicas del tercer Reich motivaron un profundo cambio normativo en cuanto a la bioética y el Derecho²².

También nos exhibe obstáculos el hecho de que su frontera es difusa en muchos aspectos, colisionando tangencial o directamente con otras figuras, las cuales constituyen en muchos casos hipótesis distintas, al menos jurídico–penalmente concebidas. La no consideración típica de la figura en la legislación chilena, obliga al intérprete letrado a calificarla dentro de un marco específico en atención a los actos desplegados por el autor (acciones), o incluso aquellos que no fueron realizados (omisiones: propias e impropias). Figuras como el homicidio y el auxilio al suicidio resultan ser las más convocadas para estos efectos, dado al carácter de garante que normalmente presentarán los autores o responsables del hecho.

Fenomenológicamente, el concepto también presenta variados supuestos, ya sea en atención a su comisión mediante acciones u omisiones, también de-

terminológicos sobre los cuales proseguiremos esta investigación. En este sentido, cualquier elección puede resultar objetable o incluso arbitraria. Para ello, creemos prudente, proceder de acuerdo a las normas sobre interpretación que establece nuestro *Código Civil* (Derecho común), recurriendo a su artículo 21, el cual señala que “[l]as palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. De esta forma, recurriremos, como se mostrará más adelante, a la ciencia médica y a la bioética, y como ellas a través de consensos han delimitado cada término.

²¹ LORDA, Simón - BARRIO, Inés - ALARCOS, Francisco - BARBERO, Javier - COUCEIROD, Azucena - HERNANDO, Pablo, *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras* [visible en internet: <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>], p. 272: “Noticias periodísticas, debates televisados, tertulias de radio, artículos académicos, encuestas de opinión, etc., atribuyen con frecuencia significados completamente diferentes a dicha palabra (eutanasia), con lo que los juicios morales y jurídicos que reflejan suelen ser distintos y, a menudo, contrapuestos”.

²² En este sentido, ROXIN, C., cit. (n. 10), señala: “[p]or un lado, para muchos la expresión está desacreditada por el así llamado programa eutanasico de la época nacional-socialista, que tenía por objetivo la muerte de los enfermos mentales. Por otro, muchos quieren limitar la palabra a la denominada ayuda a morir, esto es, al caso en el que se atenúa el dolor sin un efecto de acortamiento de la vida”. Cfr.

nominada como eutanasia activa o pasiva; de acuerdo al vínculo de causalidad entre el hecho y el resultado, en directa o indirecta; de acuerdo al grado de participación que ha tenido el paciente o el facultativo en los hechos, auxilio al suicidio o suicidio asistido; entre otros vocablos y neologismos que se han elaborado y que pasamos a revisar a continuación²³.

2. Eutanasia y su distinción de otros conceptos.

En la dogmática penal, Jiménez de Asúa define la eutanasia como la muerte tranquila y sin dolor, con fines libertadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales²⁴.

²³ LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), pp. 273 ss., a quienes seguiremos en gran parte de este trabajo, invitan a evitar el uso de otros términos que tienden a confundirse con el de eutanasia. Así, y a modo introductorio y aclaratorio de la materia que pasamos a revisar, se describen los conceptos de: eutanasia activa, positiva u occisiva: definidas como acciones encaminadas a producir deliberadamente la muerte de un paciente que sufre; Eutanasia pasiva, negativa o lenitiva: que consiste en la cesación, retirada u omisión de intervenciones terapéuticas que se limitan a prolongar la vida biológica de un paciente que se encuentra en situación de enfermedad terminal o irreversible; Eutanasia directa: son acciones que producen la muerte de un paciente de forma inmediata; Eutanasia indirecta: son acciones en las que el vínculo de causalidad entre la muerte del paciente y la intervención es menos evidente, bien porque no está claro el mecanismo de acción, bien porque hay distancia temporal entre ambos; Eutanasia voluntaria, autónoma, o a petición propia: son actuaciones realizadas a petición expresa del paciente capaz; Eutanasia involuntaria o impuesta: son actuaciones realizadas sin que medie petición expresa del paciente. Suele realizarse a petición de los familiares o por iniciativa del propio profesional. Asimismo se describen en la investigación una serie de neologismos que revisamos a continuación y que son de usual referencia en textos que tratan estas temáticas: Distanasia: prolongación de la vida de un paciente con una enfermedad grave e irreversible o terminal mediante la tecnología médica, cuando su beneficio es irrelevante en términos de recuperación funcional o mejora de la calidad de vida. En tal situación los medios tecnológicos utilizados se consideran extraordinarios o desproporcionados. También se conoce como encarnizamiento u obstinación terapéutica; Adistanasia o antidistanasia: cesación de la prolongación de la vida biológica del paciente permitiendo que la enfermedad termine con la vida del paciente. Equivale a eutanasia pasiva; Ortonanasia: buena muerte, en el sentido de muerte en el momento biológico adecuado. Su sentido es casi igual al que etimológicamente tiene la palabra eutanasia, pero se ha propuesto como alternativa por las connotaciones negativas de ésta; Cacotanasia: acelerar deliberadamente la muerte de un enfermo sin que medie expresa voluntad por su parte. Equivale a eutanasia involuntaria; y Criptonanasia o criptanasia: realización encubierta, clandestina, de prácticas de eutanasia, tanto a petición de los pacientes como sin ella.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, L., cit. (n. 3), p. 339. Como veremos más adelante, Jiménez acepta sólo una categoría de eutanasia, la libertadora.

Roxin la define como la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones²⁵, dándole claramente mayor énfasis a la voluntariedad del paciente, la cual incluso puede ser aceptada en forma ficta.

Y es que sobre la conceptualización de la eutanasia, como ya hemos señalado, son variadas las posiciones, argumentos e ideologías que fundan unas y otras concepciones.

Frente a ello, más que al Derecho Penal, recurriremos a la ciencia médica para buscar el más adecuado uso de los términos, sin perjuicio de que su análisis se realizará a la luz de la dogmática penal.

Así, el profesor Simón Lorda²⁶ ha propuesto llegar a un acuerdo en cuanto a la conceptualización de la eutanasia, distinguiéndola desde un prisma eminentemente científico-médico de otros conceptos o fenómenos que pueden suscitarse en la relación médico-paciente²⁷. Sobre estos conceptos descansaremos la presente investigación, los cuales creemos representan con mayor seriedad y rigor científico cada uno de sus postulados. Algunos de ellos ya los hemos revisado²⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, recurriremos a otros vocablos que podemos denominar como términos complementarios al de eutanasia, como son el estado de salud terminal, el de prolongación artificial de la vida, las medidas de soporte ordinarias en contraposición a las extraordinarias, estas últimas, que nos permitirán ampliar el debate actual en relación a la denominada eutanasia pasiva o más bien sobre el homicidio por omisión; también están

²⁵ ROXIN, C., *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, en EL MISMO, *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal* (Granada, Comares, 2001), pp. 3-38.

²⁶ LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), pp. 272 ss. Esta investigación se desarrolló en el marco del Proyecto de Investigación FIS PI0690113 “Cochrane Review: Interventions in adult patients for preparing or using advance directives or advance care planning, for promoting shared decision making about end-of-life decisions”; la de Inés María Barrio Cantalejo, en el marco del Proyecto de Investigación FIS PI041847 “Efecto de una intervención educativa para mejorar la concordancia paciente-representante legal”, y la de Azucena Couceiro, en el marco del Proyecto de Investigación HUM2005-02105/ FISO del Ministerio de Educación y Ciencia “Racionalidad axiológica de la práctica tecnocientífica”.

²⁷ Es por ello que compartimos la conclusión a que llega Lorda, en el sentido de que parece necesario un importante esfuerzo colectivo por aclarar significados, precisar términos y descalificar usos abusivos de las palabras. Cfr. LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 271.

²⁸ Cfr. LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 273.

los denominados cuidados paliativos, y el momento de la muerte, sin perjuicio del breve estudio de otros conceptos que nos permitirán delimitar aún más el debate sobre la eutanasia, en el entendido de que sobre este último tema versa mayormente el presente trabajo.

a) Concepto de eutanasia propiamente tal. De acuerdo al uso restringido que queremos darle en este trabajo, entendemos por eutanasia aquella actuación u omisión médica que provoca la muerte del paciente mediante actos directos, a petición expresa y reiterada en el tiempo de quien padece una enfermedad incurable y dolores severos²⁹.

Así, en primer lugar, la eutanasia debe ser llevada a cabo por un facultativo o médico³⁰.

En España, se decidió a partir del *Código Penal* de 1995, regular el homicidio a petición (artículo 143.4), mas no la eutanasia³¹, bajo la fórmula de sujeto activo simple, es decir, que cualquiera puede cometerlo, en contraposición a la fórmula que aquí planteamos (sujeto calificado).

Por otro lado, la eutanasia debe ser llevada a cabo mediante acciones. Sin perjuicio de ello, debemos aclarar que en materia penal ello es insuficiente.

²⁹ En LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 274. El vocablo “omisión” es nuestro. Y es que, como veremos, en materia penal la comisión por omisión es relevante para determinar la responsabilidad del facultativo, y no importa *siempre* un mero rechazo a tratamiento en principio impune. La aclaración es relevante puesto que para Lorda, y desde el punto de vista médico y bioético, el concepto de eutanasia sólo importa que éste se lleve a cabo mediante comisión en el sentido de una conducta activa, y no mediante omisiones, punto con el cual discordamos desde el prisma jurídico-penal. En concreto, al encuadrarse la *eutanasia* en el tipo de homicidio, debemos, a nuestro parecer, necesariamente admitir la comisión por omisión. Sobre esto volveremos enseguida.

³⁰ En contra, ROXIN, C., cit. (n. 25), pp. 9 ss, para quien también puede ser realizado por un particular. Un ejemplo vivo, señala el autor, lo suministra la sentencia del Tribunal de Ravensburg del año 1987. En este supuesto, un hombre cuidaba a su mujer enferma que padecía una parálisis progresiva. Finalmente, fue ingresada moribunda en un hospital donde fue conectada a un aparato de respiración artificial. Ella experimentó esta circunstancia como un “tormento insoportable” y en pleno uso de sus facultades mentales, tal y como dijo, con ayuda de una máquina de escribir eléctrica especial con la que únicamente podía hacerse entender, hizo la siguiente declaración: “[q]uiero morir porque mi situación es ya insoportable. Cuanto más rápido mejor. Lo deseo de todo corazón”. De acuerdo con ello el marido, que permanecía en la habitación del hospital, desconectó el aparato aprovechando un momento de despiste, y cuidó de la mujer hasta que en una hora le sobrevino la muerte a causa de un paro cardíaco.

³¹ Debemos agregar que el 143.4 CPen.esp. sí exige lo que se ha denominado un “contexto eutanásico”, esto es, una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que, alternativamente, produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Para un análisis detallado de la actual normativa española, véase: ALONSO, M., cit. (n. 8), pp. 24 ss.

La eutanasia también puede darse mediante omisiones, o como se ha denominado, eutanasia pasiva³². Es decir, omisiones o inacciones que deliberadamente se han aceptado, por el médico o el paciente, con el propósito de ponerle fin a una vida, vulnerando así el ordenamiento jurídico³³. Sobre esto volveremos más adelante en relación a la hipótesis de eutanasia pasiva punible.

Importante es señalar también, en relación a la conducta activa o pasiva por la cual puede configurarse una eutanasia, que el retiro a un tratamiento, pese a consistir fácticamente en una acción (desenchufar, interrumpir, retirar, etc.) jurídicamente representa un cese de la actividad de sustento vital, valorable normativamente como una omisión de tratamiento.

Como señala Mercedes Alonso, “[...] quien interrumpe un tratamiento con medicamentos como quien desconecta el respirador o suprime otras medidas instrumentales de apoyo, realiza un comportamiento omisivo y no una acción en sentido estricto”³⁴. En el mismo sentido Roxin, quien señala que “la frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe extraerse del criterio naturalístico consistente en el desarrollo o no de movimientos corporales. Más bien depende de si normativamente es interpretable como un cese del tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico [...]”³⁵.

Ahora bien, no debemos confundir la figura omisiva de la eutanasia o eutanasia pasiva con la denominada “limitación del esfuerzo terapéutico”, o más conocida como LET.

La limitación del esfuerzo terapéutico consiste en retirar (en inglés, “withdraw”) o no iniciar (en inglés, “withhold”) medidas terapéuticas, en supuestos en que el profesional sanitario estima, atendida la situación con-

³² Y es que jurídico–penalmente, la eutanasia consiste en un homicidio, el cual, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, puede cometerse tanto por acción como en comisión por omisión. Así lo ha declarado nuestra Corte Suprema en causa rol N° 1338 de 1998, considerando 13º, en el sentido de que: “[...] existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos –vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad– usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1º inciso 1º del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una “acción” como en una “omisión”, el inciso 2º insiste en ello y el artículo 2 declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas”. En “Rubén Vallejos Zúñiga con Carlos Humberto Castro Muñoz”: Corte Suprema, sentencia de 4 de agosto de 1998, en *Actualidad Jurídica, Base de Datos del Diario Oficial*, 13 (1998).

³³ Para un análisis médico sobre la acción y la omisión, con mucha casuística, véase: THOMAS, Hans, *Eutanasia: ¿Son igualmente legítimas la acción y la omisión?* [visible en internet: <http://www.aebioetica.org/revistas/2001/1/44/1.pdf>]

³⁴ ALONSO, M., cit. (n. 8), p. 41.

³⁵ Cfr. ROXIN, C., cit. (n. 25), pp. 3-38.

creta del paciente, que éstas son inútiles o fútiles, ya que tan sólo consiguen prolongarle la vida biológica, pero sin posibilidad de proporcionarle una recuperación funcional con una calidad de vida mínima³⁶.

La limitación del esfuerzo terapéutico no constituye eutanasia, pues no implica una acción destinada a provocar la muerte del paciente o acelerar su avenida, sino más bien, la cesación de uno o más tratamientos que trae como consecuencia la muerte natural del paciente que se encuentra en estado terminal.

Por otro lado, y continuando con el análisis del concepto, debemos señalar que la eutanasia requiere que la muerte del paciente se provoque mediante actos directos (se excluye, por tanto, la mal denominada eutanasia indirecta). Es decir, que las acciones u omisiones estén destinadas específicamente a provocar la muerte.

En este sentido, si la muerte es provocada en forma indirecta a consecuencia de un determinado tratamiento médico, como corolario, por ejemplo, de una sedación paliativa, no estaremos frente a una eutanasia, y por tanto, la conducta sería irreprochable penalmente³⁷.

Ello ha sido desarrollado a propósito del principio del doble efecto, el cual se define como aquel principio de razonamiento práctico que sirve para determinar la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos, de los cuales uno es bueno y el otro es malo³⁸.

Finalmente, para que estemos frente a una eutanasia *per se*, es necesario que ésta haya sido solicitada de manera expresa y reiterada en el tiempo

³⁶ Esta expresión, en cierta medida otro neologismo, señala Lorda, “ha hecho fortuna en nuestro medio y está relativamente consolidada [...]”, en LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 276.

³⁷ Entre muchos, ALONSO, M., cit. (n. 8), pp. 48 y ss.; MAYER, L., cit. (n. 1), p. 390; RECUERO, José Ramón, *Eutanasia: Los principios*, en EL MISMO, *La Eutanasia en la encrucijada. El sentido de la vida y de la muerte* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2004), pp. 85 ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, L., cit. (n. 3), pp. 435 y 436; y ROXIN, C., cit. (n. 25), pp. 5 y ss., quien señala que la admisión de la eutanasia indirecta es reconocida desde hace tiempo tanto por la doctrina como por la praxis médica, sin perjuicio de las muchas cuestiones que en concreto suscita. El Tribunal Supremo Federal se ha pronunciado por primera vez en este sentido en noviembre de 1996. De acuerdo con la tesis mantenida por la sentencia (BGHST 42, 301), “[...] una medicación destinada a aliviar el dolor expedida por un facultativo en correspondencia con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta inadmisible en un moribundo aunque de modo inintencionado aquella suponga como consecuencia inevitable la conformidad con la aceleración del proceso mortal”.

³⁸ Para un análisis histórico, sus elementos y la relevancia de este principio, véase: MIRANDA, Alejandro, *El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 3 [visible en internet: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art05.pdf>]

por parte de quien padece una enfermedad incurable y dolores severos, o lo que se ha denominado, un estado de salud terminal, término este último, sobre el que trataremos más adelante. Siguiendo a Mayer, para quien el consentimiento del paciente excluye la penalidad de la eutanasia, para que el requerimiento sea expreso, debe tratarse de una solicitud unívoca, clara y precisa, que no dé lugar a malos entendidos o a interpretaciones divergentes. La razón de ello radica en los efectos irreversibles que acarrea la ejecución de la voluntad del paciente³⁹.

Por otro lado⁴⁰, y en cuanto a los límites jurídico–penales de la eutanasia, debemos primeramente distinguirla del tipo de auxilio al suicidio⁴¹.

Recordemos que el auxilio al suicidio se encuentra alojado en el artículo 393 CPen., el cual sanciona al que “*con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide [...], si se efectúa la muerte*”.

Sobre este tipo, ya Fuensalida señalaba que merecía ser sancionado por motivos de orden público, aun cuando la víctima haya consentido en que se

³⁹ En MAYER, Laura, cit. (n. 1), pp. 392 ss. La autora agrega que dicha solicitud debe ser seria, es decir, dirigida a la muerte sobre una base de decisión previamente meditada, libre y responsable, además de estar exenta de vicios como el error o la coacción.

⁴⁰ Permítaseme un breve comentario. A raíz de un viejo libro sobre medicina legal que encontré en una feria de antigüedades de Valparaíso, no puedo dejar de citar un párrafo que invita a cuestionarnos sobre la *consistencia* del argumento que comentamos (impunidad de la eutanasia), en relación al consentimiento entregado por el paciente en estado terminal. “En este estado, en que la vida abandona lentamente los centros nerviosos, es cuando es posible encontrar lo que se ha llamado los terrores de los moribundos, es decir, ese subdelirio sostenido por alucinaciones, por ilusiones de los sentidos y por ensueños fantásticos derivados de una imaginación cuyo principio ordenador funciona mal, ó no funciona ya. El subdelirio, en esta ocasión, está muy lejos de ser continuo; alterna con el goce pleno y absoluto del libre albedrío; pero, en general, los momentos de tregua que deja, son momentos de una triste amargura, de una profunda desesperación”: DU SAULLE, Legrand - BERRYER, Georges - POUCHET, Gabriel, *Tratado de Medicina Legal. Obra premiada por el Instituto de Francia* (traducido, anotado y aumentado por Teodoro Yáñez y Carlos Núñez, 2^a Edición, Madrid, Librería de Hernando y Compañía, 1898), p. 470.

⁴¹ El tipo en comento tuvo su origen en el artículo 335 CPen.esp. de 1850, este último, el cual ya sancionaba el homicidio a petición u homicidio consentido, y que se tuvo a la vista por la comisión redactora del nuestro, como sabemos, sin dar cabida al homicidio consentido o a petición y manteniendo sólo para Chile el de auxilio al suicidio. En la norma española se señalaba que: [e]l que prestare auxilio a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si le prestare hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión temporal en su grado mínimo”, en, FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Imp. Comercial, Calle Huallaga N. 139, 1883), III, pp. 109 ss.

le mate, sin que el consentimiento pueda ser concebido como un eximiente de responsabilidad⁴².

Así, las exigencias del tipo de auxilio al suicidio lo distinguen claramente de la eutanasia. Como ya hemos visto, no es necesario que la primera la lleve a cabo un facultativo, ni tampoco exige el estado de sufrimiento y enfermedad que caracteriza a la eutanasia. “Si bien la mayoría de las veces se supone la concurrencia de padecimientos, al menos psíquicos, en la persona que decide quitarse la vida y que es auxiliada por un tercero, no se requiere la presencia de los requisitos de la eutanasia”⁴³.

Sobre el auxilio al suicidio, la valoración penal del consentimiento, o la comisión por omisión de quien se encuentra en una posición de garante del suicida, entre otros temas, existe abundante doctrina⁴⁴, sin embargo, para nosotros, sólo representan situaciones conflictivas o limítrofes con la de eutanasia, las prácticas de cooperación ejecutiva al suicidio y el suicidio asistido.

La primera consiste, como su nombre lo señala, en una colaboración que es llevada hasta el punto de ejecutar la muerte del que no quiere vivir más. Para Bustos, el verdadero autor en este caso sigue siendo quien tiene el dominio del hecho u organiza su muerte, aunque ésta sea ejecutada por otra persona. Ello lo explica, pues el suicida hasta último momento puede prescindir del auxilio, o bien exigir la renuncia del hecho o su desistimiento⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco se trataría de un caso de eutanasia, pues la cooperación, como vimos para el caso español en su artículo 143.4, no exige que el suicida necesariamente se encuentre en un estado de salud terminal.

El suicidio asistido, por su parte, se ha definido como aquella actuación de un profesional sanitario mediante la que proporciona, a petición expresa y reiterada de su paciente capaz y con una enfermedad irreversible que le produce un sufrimiento que experimenta como inaceptable y no se ha conseguido mitigar por otros medios, los elementos intelectuales o materiales

⁴² FUENSALIDA, A., cit. (n. 41), p. 110.

⁴³ Véase: MAYER, L., cit. (n. 1), p. 398.

⁴⁴ Así, entre muchos: BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial* (2^a edición, Barcelona, Ariel, 1991), pp. 37 ss.; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (4^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III, pp. 128 ss.; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno* (2^a edición, Santiago, ConoSur, 1985), I, pp. 436 ss.; BUSTOS, Juan, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte Especial* (2^a edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), III, pp. 55 ss.; BULLEMORE, Vivian, *Curso de Derecho penal. Parte especial* (2^a edición, Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 51 ss.; y con gran desarrollo dogmático: GRISOLÍA, Francisco - BUSTOS, Juan - POLITOFF, Sergio, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el Individuo en sus condiciones físicas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), pp. 329 ss.

⁴⁵ BUSTOS, J., cit. (n. 44), p. 55.

imprescindibles para que pueda terminar con su vida suicidándose de forma efectiva cuando lo deseé⁴⁶.

Sobre esta última figura, y pese a los múltiples elementos comunes que tiene con la de eutanasia (actuación médica, enfermedad irreversible, petición expresa, entre otros), lo decisivo es que la muerte finalmente es provocada por el mismo paciente (suicidio), y no por el tercero –profesional de la salud–, configurándose así, a nuestro parecer, un mero auxilio al suicidio, excluyendo, ergo, la eutanasia.

b) Concepto de salud terminal. La ley sobre derechos del paciente que aquí analizamos, no define o entrega un concepto de salud terminal⁴⁷. De acuerdo al inciso primero del artículo 16 de la Ley 20.584, norma que por su contenido, citaremos constantemente en este trabajo, la persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida [...], y continúa el inciso cuarto señalando que, las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte.

Durante la discusión de la ley, se propuso definir el estado de salud terminal como el de aquella persona “que padece un precario estado de salud producto de una lesión corporal o de una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tengan por efecto retardar innecesariamente la muerte [...]”⁴⁸. Sin embargo, como señalamos, tal concepto no fue finalmente incluido en la norma.

⁴⁶ En LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 274.

⁴⁷ En el Segundo Informe de la Comisión de Salud, durante la tramitación de la ley, se valoró la idea de no definir la expresión “estado de salud terminal”, a fin de que sea interpretada técnicamente por quienes ejercen la medicina, en atención a la dificultad de incluir en dicho concepto todas las situaciones en que efectivamente la persona está cercana a la muerte y, también, al riesgo que supone considerar en éstos casos que en definitiva puedan tener una solución satisfactoria para el paciente, gracias a los avances de la ciencia. Igualmente, se hizo presente que en caso de dudas sobre la calificación de un estado de salud terminal será posible recurrir a los comités de ética o a otras instancias de interpretación doctrinaria: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584* [visible en internet: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1039348&buscar=20584>], p. 184.

⁴⁸ Sobre este concepto el representante de la Comisión de Bioética de la Conferencia Episcopal de Chile destacó la importancia de generar instancias para que la vida sea respetada desde el momento de la fecundación hasta la muerte natural. En este sentido, planteó que “*si bien claramente se prohíbe en esta iniciativa legal la eutanasia activa y la pasiva, que se relaciona con la falta de cuidados paliativos, se abre la posibilidad de interpretar que es lícita la llamada eutanasia pasiva, motivo por el cual fue partidario de aclarar que en ningún caso será admisible causar la muerte del paciente por acción u omisión. Indicó que el desafío consiste en realizar acciones que no provoquen la muerte pero que*

La ciencia médica, por su parte, tampoco es clara al definir o entregar un concepto de salud terminal⁴⁹. Ello, puesto que dicho estado debe diagnosticarse en cada sujeto en forma individual⁵⁰, sin que sea posible enmarcar a todos en un solo cuadro clínico⁵¹.

tampoco conduzcan a una vida que supera sus posibilidades reales, por la vía de propiciar la proporcionalidad en el tratamiento ordinario y evitar el encarnizamiento médico. Asimismo, criticó el concepto de estado de salud terminal que utiliza el proyecto debido a que es confuso, juicio que fue compartido por el profesor León, quien hizo saber que, según la doctrina, se encuentra en tal situación quien “tiene una enfermedad claramente diagnosticada, para la que no existe actualmente tratamiento terapéutico y que provocará la muerte del paciente en un máximo de alrededor de seis meses”. Por su parte, el representante del Instituto Libertad y Desarrollo argumentó que “sólo excepcionalmente se justificaría regular la eutanasia pasiva en aquellas situaciones en que, por falta de familiares o de representantes legales del paciente, sea necesaria la intervención del Estado en forma subsidiaria”: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 46 ss.

⁴⁹ Interesante es el planteamiento que realiza Masiá al intentar definir salud terminal. “Cuando preguntamos, con un lenguaje estilísticamente disonante, qué significa el término ‘terminal’, estamos usando dos vocablos con la misma etimología: ‘término’ y ‘terminal’. ‘Término’ se usa como sinónimo de ‘vocablo’. Pero en el sentido usado en los manuales de lógica siguiendo a Aristóteles, los términos de las premisas en el silogismo eran sus ‘límites’: un límite al comienzo (sujeto) y otro al final (predicado)”. “[...] Hoy estamos habituados a usar el adjetivo ‘terminal’ para referirnos al final de un viaje (la estación terminal) o al destino último de un recorrido (las terminales de una red informática)”. Esta etimología nos invita a reflexionar sobre la terminalidad en relación con la necesidad de poner límites o de reconocerlos. Sin embargo, como señala el mismo Masiá, el mayor problema radica en limitar el concepto de fondo –la vida– que en sí misma es limitada: véase: MASIÁ, J., *Dignidad humana y situaciones terminales* [visible en internet: <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original3.pdf>], p. 40.

⁵⁰ “La medicina no es una ciencia exacta. Los diagnósticos y los pronósticos nunca son ciertos al 100%. Por dicho motivo, debemos aprender a trabajar en base a probabilidades y a movernos en el terreno de la incertidumbre. Las dudas proceden de la variabilidad biológica de cada individuo y de su diferente respuesta a los tratamientos. También se ven influenciadas por los distintos conocimientos de los médicos y por sus comportamientos en su relación con el enfermo y su familia”: CLAVÉ, Eduardo. *Problemas éticos en la fase final de la vida* [visible en internet: <http://www.paliativossinfronteras.com/upload/publica/libros/familia-en-la-terminalidad/13-PROBLEMAS-ETICOS-EN-EL-FINAL-DE-LA-VIDA-%20CLAVE.pdf>], p. 225.

⁵¹ Para otros, dan cuenta de un estado de salud terminal los siguientes factores: *i*) presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; *ii*) falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; *iii*) presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; *iv*) gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; y *v*) pronóstico de vida inferior a 6 meses; así: CASAS, María de la Luz. *Sedación terminal, eutanasia y Bioética*, en *Revista Cubana de Medicina*, 44 (2005) [visible en internet: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0034-75232005000500013&script=sci_arttext], p. 2. Otro concepto y elementos en VE-

Para nosotros, resulta aconsejable, y por ende celebramos la decisión del legislador, en cuanto que, dicho concepto –salud terminal– no sea definido y sus elementos no estén contemplados en forma taxativa en la ley. Debe ser la ciencia médica y para cada caso particular, la que determine cuándo el paciente se encuentra en dicho estado⁵².

c) **Medidas de soporte ordinarias en contraposición a las extraordinarias.** Tampoco la ley define qué debe entenderse por medidas de soporte vital, sean éstas ordinarias o extraordinarias, limitándose, en su artículo 16, a consagrar que, la persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento [...], sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En otras palabras, el legislador acepta tácitamente la existencia de las medidas extraordinarias⁵³.

En general, se ha considerado que los tratamientos ordinarios incluyen aquellos cuidados de carácter imprescindible, así como medicamentos y procedimientos de uso habitual por cualquier médico. Se dan como ejemplos los cuidados básicos de enfermería, la alimentación y la hidratación⁵⁴.

LÁZQUEZ, Oscar, *Aspectos éticos de la fase terminal* [visible en internet: [Actitudes ante el final de la vida en los profesionales de la sanidad \[visible en internet:](http://www.iatreia.udea.edu.co/index.php/iatreia/article/view/3519/3281)

⁵² Sobre los problemas que se suscitan al final de la vida, con especial referencia a los derechos del enfermo terminal, véase: BATIZ, Jacinto - LONCAN, Pilar. *Problemas éticos al final de la vida* [visible en internet: <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/t86.pdf>].

⁵³ Los senadores señora Matthei y señores Larraín y Novoa propusieron durante las discusiones, integrar al artículo 14 y a modo de ejemplificar las medidas de soporte ordinarias el siguiente inciso segundo: “[l]as medidas ordinarias de soporte vital, como la hidratación, alimentación o sonda gasogástrica, no se podrán privar o rechazar jamás”: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47) p. 595. En el mismo sentido, el ministro de Salud manifestó que, a su juicio, medidas mínimas como suero, oxígeno y tratamiento antiescaras no se deben suspender en un establecimiento hospitalario: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 595 ss.

⁵⁴ DWORKIN, R., cit. (n. 1), pp. 234 ss., cita un caso emblemático en relación al retiro de medidas de soporte vital, en pacientes que se encuentran en estado de inconsciencia. Nancy Cruzan quedó en estado vegetativo permanente a raíz de un accidente. Los padres de Nancy dijeron al juez de Missouri que ella, varias veces, durante años, había expresado el deseo de no permanecer con vida en circunstancias semejantes. El juez estuvo de acuerdo y consintió la desconexión de los tubos de mantenimiento. Pero el abogado que había sido designado por el tribunal para representarla consideró que era su responsabilidad apelar esa decisión. La Corte Suprema de Missouri sostuvo que el derecho de Missouri no permitía la interrupción de los soportes vitales a menos que existiera prueba clara y consistente de que el paciente hubiese manifestado ese deseo.

En cambio, los extraordinarios, incluyen técnicas o instrumentos complejos, escasos, invasivos, de alto costo y cuyo uso expedito y sostenido requiere un entrenamiento especializado del equipo médico. Es el caso, por ejemplo, del ventilador mecánico, de los aparatos de hemodiálisis, del trasplante de órganos, entre otros⁵⁵.

Para algunos en cambio, carece de relevancia la distinción entre ambos conceptos, debido a que en la práctica, al igual que el concepto de salud terminal, cada medida deberá sostenerse en relación al paciente en forma individual y por ello se habla más bien de medidas de soporte vital⁵⁶.

Sin embargo, para nosotros, y desde el punto de vista dogmático-penal, reviste especial importancia, puesto que nos permitirá distinguir entre aquellos rechazos a tratamiento médico punibles, de aquellos que se ajustan a la normativa. Sobre este punto volveremos más adelante cuando tratemos las limitaciones al rechazo de tratamientos y en especial la eutanasia pasiva como caso discutido de homicidio por omisión.

d) Ensañamiento terapéutico y prolongación artificial de la vida. Sin entrar todavía a desentrañar el concepto de muerte, parece un consenso generalizado el repudio médico al denominado ensañamiento u obstinación terapéutica. Y es que a raíz de los enormes avances de la ciencia y tecnología, pareciera ser posible extender, más allá de la propia naturaleza, los límites de la vida humana⁵⁷.

Se ha entendido por obstinación, ensañamiento o encarnizamiento médi-

Los padres apelaron a la Corte Suprema de Estados Unidos, que confirmó la decisión de la Corte de Missouri. Finalmente, y luego de que los padres recurrieran una y otra vez, el soporte vital de Nancy se interrumpió en 1990, produciéndole la muerte.

⁵⁵ Grupo de Estudios de Etica Clinica de la Sociedad Medica de Santiago, *Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000600015&script=sci_arttext], pp. 2 y ss.

⁵⁶ En MORENO, J.M. - ÁLVAREZ, J. - WANDEN-BERGHE, C. - LOZANO, M. - GRUPO DE ÉTICA DE LA SEMPE, *Glosario de términos y expresiones frecuentes de bioética en la práctica de la nutrición clínica* [visible en internet: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0212-16112010000400004&script=sci_arttext], p. 546. Para otros, la verdadera discusión trata de distinguir entre medidas proporcionadas versus medidas desproporcionadas. Será proporcionado si ofrece una razonable esperanza de beneficio al paciente y desproporcionado si no; véase: AUSIN, José - PEÑA, Lorenzo, *Derecho a la vida y eutanasia: ¿A cortar la vida o a cortar la muerte?* en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15 (1998) [visible en internet: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/10003/1/eutanasia.pdf>], p. 6.

⁵⁷ Sobre ello, MAYER, L., cit. (n. 1), p. 388: "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".

co aquellas prácticas médicas con pretensiones diagnósticas o terapéuticas que no benefician realmente al enfermo y le provocan un sufrimiento innecesario, generalmente en ausencia de una adecuada información⁵⁸. Consecuencia de esta obstinación se produciría la prolongación artificial de la vida.

Para el Instituto Borja de Bioética, estas conductas denominadas “injustificables” tienen una o varias de las siguientes características comunes: *i*) interpretación del deber profesional de proteger la vida humana meramente biológica con todos los medios posibles en lugar de los medios razonablemente posibles; *ii*) incomprendión del significado ético de medios extraordinarios y desproporcionados para proteger o salvar una vida humana confundiéndolos con medios técnicamente posibles o habituales; y *iii*) paternalismo que ignora o desprecia el derecho del paciente en las decisiones que afectan a su salud⁵⁹.

De acuerdo al ya citado artículo 16 de nuestra ley, las personas tienen derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a tratamientos que tengan como efecto prolongar artificialmente su vida⁶⁰. En consecuencia, el rechazo a toda medida de este tipo –cuyo fin es el mero encarnizamiento–, está autorizada y por ende, debemos considerarla como atípica.

*e) Cuidados paliativos*⁶¹. Los cuidados paliativos han sido definidos

⁵⁸ Comité de Ética de la SECPAL, *Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos* [visible en internet: http://www.sociedadandaluzadebioetica.es/docs/Eutanasia_SECPAL.pdf], p. 38.

⁵⁹ Institut Borja de Bioética de la Universitat Ramon Llull, *Hacia una posible despenalización de la eutanasia: Declaración del Institut Borja de Bioética* [visible en internet: http://raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/view/259534], p. 4.

⁶⁰ Durante las discusiones, los senadores Chadwick y Walker, don Patricio, coincidieron en la necesidad de precisar los términos de estas disposiciones. Se refirieron a las conceptualizaciones que en bioética se han definido para separar lo que es el buen morir o la muerte digna y la prolongación artificial de la vida y expresaron la conveniencia de consagrar y regular la opción de la muerte digna, distinguiéndola claramente de la prolongación artificial de la vida; véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 587. En el mismo sentido, el Ministro de Salud manifestó que, a su juicio, medidas mínimas como suero, oxígeno y tratamiento antiescaras no se deben suspender en un establecimiento hospitalario; véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 512.

⁶¹ Se han publicado estudios recientes muy rigurosos que muestran que la petición de eutanasia por parte de los enfermos disminuye al mejorar la formación de los profesionales en el tratamiento del dolor y en cuidados paliativos. Estos hallazgos son congruentes con las comunicaciones de las unidades especializadas en cuidados paliativos de nuestro entorno donde el número de peticiones de eutanasia es muy bajo. Todo ello permite aventurar, de acuerdo a la SECPAL, “la hipótesis de que una legislación permisiva con la eutanasia frenaría la implicación, tanto científica como asistencial, de algunos médicos y profesionales de la salud en la atención a unos enfermos sin posibilidad de

como la atención activa y completa de los pacientes cuya enfermedad no responde al tratamiento curativo⁶². Asimismo, y dentro de este concepto se encuentran también el de sedación paliativa y sedación terminal.

El primero, se ha definido como la administración de fármacos a un paciente en situación terminal, en las dosis y combinaciones requeridas para reducir su conciencia todo lo que sea preciso para aliviar adecuadamente uno o más síntomas pertinaces que le causan sufrimiento, contando para ello con su consentimiento informado y expreso o, si esto no es factible, con el de su familia o representante⁶³.

La misma configuración recibe la denominada sedación terminal, con la diferencia que esta última, se administra a un paciente cuya muerte se prevé muy próxima porque está entrando en una fase de agonía⁶⁴.

Sin perjuicio de las diferencias técnicas de estos conceptos, debemos entender que todos pertenecen a una especie de “tratamientos médicos”, todos los cuales, de acuerdo a la actual normativa, como veremos, pueden ser rechazados por el paciente.

f) Momento de la muerte. Toda criatura humana, desde que nace, ya está dispuesta para la muerte, es un proceso en marcha (“work in progress”); una acción inevitable que diariamente derrumba, tronza, asfixia y opriime. La muerte puede llegar y llega. Morimos porque envejecemos y envejecemos aunque no enfermemos. Morimos de enfermedades que no podemos controlar⁶⁵.

Sin entrar a la discusión filosófica sobre este tema –la cual sobrepasa los límites de este trabajo–, es interesante la reflexión que realiza el profesor Serrano criticando la banalización de este concepto. Ello sucede constantemente, señala el autor, “lo que hace que todos hayamos sido testigos de las muertes más horribles mientras comemos pacíficamente en casa, de forma que, en sentido estricto, un honesto ciudadano de una gran ciudad, incluso un niño, ha visto más muertes que un guerrero homérico en medio de todas sus proezas⁶⁶”.

curación que requieren una considerable dedicación de tiempo y recursos humanos”: Comité de Ética de la SECPAL, cit. (n. 58), p. 40.

⁶² DE SIMONE, Gustavo. *El final de la vida: situaciones clínicas y cuestionamientos éticos*, en *Acta Bioethica*. 6 (2000) 1 [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100004], p. 51.

⁶³ LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 278.

⁶⁴ Ibíd., p. 278.

⁶⁵ SANZ, Jaime, *Final de la vida: ¿Puede ser confortable?* [visible en internet: <http://www.eutanasia.ws/hermeroteca/finalconfortable.pdf>], pp. 186 y 187.

⁶⁶ En SERRANO, J.L., cit. (n. 19), pp. 1.135 ss. Quien realiza un estudio completo en cuanto al sentido de la muerte, sus aspectos *ius*-filosóficos, y la banalización en las discusiones sobre la eutanasia.

Para Dworkin, desde un prisma liberal y pro eutanásico, la muerte nos domina porque “no es sólo el principio de la nada, sino también el fin de todo, y la manera como pensamos y hablamos acerca de la muerte –el énfasis que expresamos en la idea de morir con dignidad– muestra cuán importante es que esa vida finalice apropiadamente, que la muerte se mantenga fiel a la forma en que queremos haber vivido”⁶⁷.

En Chile y normativamente, es el artículo 11 de la Ley N° 19.451 sobre *Trasplante y donación de órganos*, el que se encarga de establecer los parámetros que permiten certificar el momento de la muerte de una persona⁶⁸. Señala la ley que, se otorgará dicha certificación, cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados.

El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones: *i*) ningún movimiento voluntario observado durante una hora; *ii*) apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador; y *iii*) ausencia de reflejos tronco-encefálicos.

Finaliza indicando que, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte⁶⁹.

Por consiguiente, en los pacientes con muerte cerebral, es decir, cuando hay ausencia irreversible de todas las funciones del tronco encefálico, aunque algunas de las funciones vitales se mantengan artificialmente mediante aparatos y mecanismos de asistencia, de ser éstos desconectados, tal desco-

⁶⁷ DWORKIN, R., cit. (n. 1), p. 260.

⁶⁸ A dicha norma nos reenvía el artículo 19 de la Ley N° 20.584, el cual señala: “*Trántándose de personas en estado de muerte cerebral, la defunción se certificará una vez que ésta se haya acreditado de acuerdo con las prescripciones que al respecto contiene el artículo 11 de la Ley N° 19.451, con prescindencia de la calidad de donante de órganos que pueda tener la persona*”.

⁶⁹ Durante la discusión de esta norma, la señora María Angélica Cristi propuso el siguiente concepto: “[p]ara efecto de la presente ley, se entiende por muerte cerebral el coma profundo, irreversible, sin respiración espontánea, flaccidez generalizada, ausencia total de respuesta a la estimulación de los nervios craneales y electroencefalograma iso eléctrico de varias horas de duración”. A su vez, el señor Díaz propuso distinguir entre varios conceptos, a saber: “[...] muerte clínica: cesación permanente del funcionamiento del organismo; muerte biológica: cesación total de la existencia, o sea, del funcionamiento de todas y cada una de las células de los tejidos; muerte ontológica: momento de separación de alma y cuerpo; muerte cerebral: es la pérdida total e irreversible de la función del cerebro y del tronco encefálico o tronco cerebral”: Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 19.451* [visible en internet: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30818>], pp. 68 ss.

nexión no realiza el tipo objetivo del homicidio, porque puede afirmarse que el paciente está “clínicamente muerto”⁷⁰.

A continuación, revisados los principales conceptos que guiarán esta investigación, y en relación al título que hemos dado a este trabajo, pasaremos a revisar la nueva normativa sobre derechos del paciente.

II. EXAMEN ANALÍTICO DE LA LEY N° 20.584

A modo de breve introducción sobre su origen, debemos señalar que la Ley N° 20.584⁷¹ comenzó a regir en nuestro país a partir del primero de octubre de 2012, y tiene por objeto regular los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud⁷².

El cuerpo legal se presenta como la culminación del proceso de Reforma a la Salud que se inició con el envío al Congreso Nacional, en junio del año 2001, del *Proyecto de ley sobre derechos y deberes de las personas en salud*⁷³.

El “Mensaje” señala, que la norma tiene sus orígenes en dos mociones parlamentarias. La primera del año 2000, *Boletín N° 2597-11* sobre “Derechos de los Pacientes”, presentado por los diputados Guido Girardi, Enrique Jaramillo, Antonio Leal, Adriana Muñoz, María Antonieta Saa y Salvador Urrutia; y la segunda, del año 2006, *Boletín N° 4270-11*, con el mismo nombre, presentada por los senadores Guido Girardi, José Antonio Gómez, Alejandro Navarro, Carlos Ominami y Mariano Ruiz-Esquide⁷⁴.

Señalado lo anterior, en el presente capítulo nos ocuparemos de: *i)* los

⁷⁰ Véase: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *La Eutanasia en el contexto internacional. La buena muerte. El derecho a morir con dignidad* (Madrid, Tecnos, 2006), pp. 89-168.

⁷¹ En adelante, entiéndase toda referencia indistinta a la “ley”, como hecha a la Ley 20.584. En el mismo sentido, al hablar de “mensaje” o de “proyecto”, nos estaremos refiriendo a la historia fidedigna de la misma: Historia fidedigna de la Ley N° 20.584, cit. (n. 47).

⁷² La ley se divide en cinco títulos: el primero de ellos que versa sobre disposiciones generales, el segundo que trata de los derechos de las personas en su atención de salud, el tercero sobre los deberes de las personas en su atención de salud, título cuarto sobre el cumplimiento de la ley, y el quinto sobre disposiciones varias.

⁷³ “Mensaje” N° 038-344 de S.E. el presidente de la República. Fecha de ingreso: 12 de Junio de 2001. N° de *Boletín* 2727-11.

⁷⁴ Sin embargo, de la revisión de dichas mociones resulta fácil advertir que se trata de un mismo proyecto presentado dos veces (pese a que en una y otra sus autores varían, siendo el actual senador Girardi el único común en ambas). En una primera ocasión, la moción (*Boletín N° 2.597* del 11 de octubre de 2000) fue archivada (Oficio N° 177 de 2007), puesto que a juicio de la Comisión de Salud su contenido ya se encontraba incorporado en el *Boletín N° 4.398* del 8 de agosto de 2006 (actual Ley N° 20.584). En la segunda oportunidad Girardi y otros presentaron el proyecto, con fecha 23 de junio de 2006 (un mes antes del envío del proyecto ahora ley), bajo el *Boletín N° 4.270*, y por

principios que inspiran la mencionada ley; *ii*) su ámbito de aplicación; y *iii*) el tratamiento que entrega a la eutanasia la Ley 20.584.

1. Enunciado de los principios inspiradores de la Ley N° 20.584⁷⁵.

Para su estudio, clasificaremos los principios que recoge la ley en aquellos principios generales o accesorios al presente trabajo, es decir, que versan sobre diversas materias relacionadas con derechos de las personas en relación a su salud; y aquellos principios especiales o principales, esto es, aquellos que versan sobre materias atingentes a la eutanasia y sus derivaciones⁷⁶.

Los principios generales o accesorios serán analizados de acuerdo al contenido dado en el mensaje, y cómo finalmente fueron recogidos en la actual normativa. Los principios especiales o principales serán estudiados a la luz del mensaje, el texto expreso de la ley, y analizados críticamente en su contenido y objeto.

La relevancia de esta distinción radica en que, son estos principios, los que nos permitirán complementar el análisis hermenéutico de la ley, y así lograr el fin último de la presente investigación, iluminando, en lo que su alcance comprenda, los aspectos sombríos, equívocos u omitidos por el legislador.

2. Principios generales o accesorios.

Son principios generales o accesorios: los de respeto a los menores de edad, de respeto de la autonomía frente a la investigación científica, de respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual, de confidencialidad de la información de salud y el de reconocimiento al derecho a la participación ciudadana en salud, todos los cuales revisamos a continuación.

a) Respeto de los menores de edad. De acuerdo al mensaje presi-

falta de pronunciamiento sobre él en un período de 2 años, se decidió archivarlo con fecha 18 de enero de 2012 (sesión 91^a / 359 del Senado).

⁷⁵ Los principios que revisaremos a continuación han sido desarrollados e inspirados, de acuerdo a la historia de la ley, primero, en la *Constitución Política de la República* –aplicada a las situaciones concretas de que trata–, y en una serie de instrumentos internacionales que tuvo a la vista el legislador, a saber: pactos, convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos, la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948, la *Declaración de los derechos del niño* de 1959, la *Convención americana de derechos humanos* de 1969, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de 1984, y la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989; véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 6.

⁷⁶ Para ello, el criterio diferenciador que adoptamos atiende al tenor literal de la norma en cuanto a que dichos principios se materialicen en una redacción mediata o inmediata, cual sea el caso, en relación con el tema de la *eutanasia* aquí abordado.

dencial que acompañó al proyecto⁷⁷, se indicó la necesidad de que los menores de edad sean informados y consultada su opinión respecto a su estado de salud, su posible diagnóstico, las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y los riesgos que ello pueda representar, así como el pronóstico esperado, y el proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, respetando sus condiciones de desarrollo psíquico, competencia cognitiva y su situación personal.

En el caso de mayores de catorce y menores de dieciocho años, el proyecto exigía que ellos sean informados directamente por el profesional tratante, y se garantizaba que no se pueda intervenir su cuerpo sin su consentimiento, sin perjuicio de que, existiendo una situación de grave riesgo para la salud o la vida del menor, se informara a los padres y se requiriera su opinión.

Pese a ello, el texto de ley definitivo y hoy vigente, no contempla esta normativa diferenciadora respecto a los menores de edad⁷⁸. En su lugar, la normativa habla genéricamente de “personas”, señalando sólo en su artículo 17 inciso tercero que en el caso que la consulta diga relación con la atención a menores de edad, el comité de ética deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos.

b) Respeto de la autonomía frente a la investigación científica. El proyecto de ley establece tres elementos que protegen la autonomía o facultad de decisión frente a la investigación científica. Primero, se reconoce el consentimiento informado, libre, expreso y exento de toda presión para participar en protocolos de investigación científica⁷⁹. Segundo, se buscó consagrar las facultades del Ministerio de Salud para reglamentar y regular los

⁷⁷ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 21 y ss.

⁷⁸ En efecto, se indicó que la norma propuesta vulneraría el derecho de los padres al cuidado personal de sus hijos y presentaría un conflicto con las normas sobre patria potestad consagradas en el Código Civil, a la vez que estaría en contradicción con la tendencia actual a endurecer la legislación referida al tema. Asimismo, se hizo hincapié en que el hecho de facultar al médico tratante para que en estos casos consulte a los comités de ética sobre la procedencia de informar, podría ser complejo, atendido que, por una parte, es necesario calificar previamente qué se debe entender por “gravedad en el estado de salud” y, por otra, debe tenerse en consideración las dificultades que implica convocar a estos comités en el sistema público, ya sea porque no son citados habitualmente o porque no son requeridos con la prontitud necesaria. Asimismo, se hizo notar la conveniencia de hacer hincapié en que las decisiones sean adoptadas conjuntamente entre el menor, sus padres y el profesional tratante, y no tanto en resguardar la confidencialidad de determinadas intervenciones que se efectúan a los adolescentes respecto de sus padres; para todo, véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 43-44.

⁷⁹ Así es como el artículo 21 de la Ley N° 20.584 establece que “*toda persona deberá ser informada y tendrá derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de investigación científica biomédica, en los términos de la ley N° 20.120. Su expresión de voluntad deberá*

aspectos necesarios para la actividad científica en Chile. Y tercero, se buscó establecer la facultad de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, en tanto Autoridad Sanitaria, para velar por el adecuado cumplimiento de dichas normas⁸⁰.

c) Respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual. El proyecto buscó superar la decimonónica distinción entre capaces e incapaces, recogiendo la existencia de distintos niveles de competencia que deben ser reconocidos, al menos en lo que concierne a las decisiones en materia de salud. Este principio contempla la confidencialidad de la información de salud, la reducción de los casos de tratamientos involuntarios, la posibilidad de nombrar autónomamente un representante personal y la existencia de comisiones de protección de derechos de las personas con discapacidad mental⁸¹.

d) Confidencialidad de la información de salud. En relación al régimen de acceso al contenido de la ficha clínica, por un lado, el proyecto establece el respeto de la privacidad de la atención de salud misma y, por otro, el que la información que surge de esta atención de salud, considerada como dato sensible de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.628⁸², goce de una protección especial en cuanto a quiénes, cuándo y por qué, pueden acceder a ella.

El proyecto establece el criterio general de protección de la confidencialidad y, acto seguido, regula de manera pormenorizada las situaciones en que es finalmente necesario permitir que esta confidencialidad ceda en cada caso particular y bajo estrictas normas sobre su manejo⁸³.

Así, de acuerdo al artículo 10 inciso 4º de la ley, “*los prestadores deberán*

ser previa, expresa, libre, informada, personal y constar por escrito. En ningún caso esta decisión podrá significar menoscabo en su atención ni menos sanción alguna”.

⁸⁰ Artículo 22 de la Ley N° 20.584: “mediante un reglamento expedido por el Ministerio de Salud, en los términos de la ley N° 20.120, se establecerán las normas necesarias para regular los requisitos de los protocolos de investigación y los procedimientos administrativos y normas sobre constitución, funcionamiento y financiamiento de comités para la evaluación ético-científica; para la aprobación de protocolos y para la acreditación de los comités por parte de la Autoridad Sanitaria; la declaración y efectos sobre conflictos de interés de investigadores, autoridades y miembros de comités y, en general, las demás normas necesarias para la adecuada protección de los derechos de las personas respecto de la investigación científica biomédica”.

⁸¹ Principio al que se ha destinado el íntegro párrafo 8º de la Ley N° 20.584 (artículos 23 a 29), el que recoge los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Ver, Ibíd.

⁸² Ley N° 19.628: sobre *Protección de la vida privada*, en *Diario Oficial* de 18 de agosto de 1999.

⁸³ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 10.

adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello”.

El párrafo quinto de la norma, a su vez, trata sobre la reserva de la información contenida en la ficha clínica⁸⁴.

e) Reconocimiento al derecho a la participación ciudadana en salud. El proyecto se encarga expresamente de señalar que toda persona tiene derecho a efectuar las consultas y reclamos que estime pertinentes. También que los usuarios pueden manifestar, en forma personal o por escrito sugerencias y opiniones respecto a las atenciones recibidas⁸⁵.

3. Principios especiales o principales.

Son principios especiales los de dignidad de las personas, de autonomía de las personas en su atención de salud; de decisión de las personas con información, de respeto de las personas en situación de salud terminal y de la tutela ética en los servicios asistenciales.

a) Dignidad de las personas. El proyecto funda sus pilares en el principio de dignidad de las personas. Lo explica, señalando que los actuales sistemas de salud, dada la creciente deshumanización en las relaciones entre los actores y las personas atendidas, junto al desarrollo científico y tecnológico, y la progresiva institucionalización en la prestación de los servicios de salud, han puesto en duda la tradicional relación médico–paciente caracterizada por un cierto paternalismo.

Dichas circunstancias habrían acarreado un alejamiento hacia el individuo vulnerable, esto es, el paciente, lo que se reflejaría en una disminución de la protección de su dignidad en forma continua y permanente.

Como principio de la nueva legislación, se reconoce también el valor especial y único de cada miembro de nuestra sociedad, resaltando que las personas son el fin de toda norma y estructura social, por lo que los sistemas de salud, públicos y privados, deben responder a dicho mandato.

⁸⁴ Artículo 12 de la Ley N° 20.584: “*La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella [...]*”.

⁸⁵ Artículo 30: “*Sin perjuicio de los mecanismos e instancias de participación creados por ley, por reglamento o por resolución, toda persona tiene derecho a efectuar las consultas y los reclamos que estime pertinentes, respecto de la atención de salud recibida. Asimismo, los usuarios podrán manifestar por escrito sus sugerencias y opiniones respecto de dicha atención [...]*”.

En este sentido, la normativa finalmente publicada en la Ley N° 20.584, recoge en su artículo 16, al tratar sobre las personas que se encuentran en estado de salud terminal, que ellas “[...] tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte.”

Acto seguido, la misma norma entrega una enumeración de derechos consecuenciales al concepto de dignidad⁸⁶, los que implican: el derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén, y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual⁸⁷.

b) Autonomía de las personas en su atención de salud y derecho de las personas a decidir informadamente. De acuerdo al mensaje, la autonomía, reconoce entre sus aspectos el derecho de cada persona a decidir libremente sobre todo procedimiento o intervención en relación a su salud, derecho que implica como contrapartida que la voluntad del individuo se manifieste sobre una base de información completa y fidedigna.

En otras palabras, no existe autonomía sin la debida información para tomar decisiones. Es por ello que analizaremos, a la luz del proyecto y de la ley, ambos principios –autonomía y decisión informada– en forma conjunta bajo el presente título, pese a que el proyecto de ley los trata separadamente.

El proyecto señala que la dignidad de las personas, como principio inspirador de la norma, se reflejaría en avanzar en el desarrollo humano, una de cuyas expresiones sería la ampliación de sus libertades, como la autonomía y control sobre el propio cuerpo, y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos. En este sentido, el proyecto busca reconocer dicho espacio de soberanía personal⁸⁸.

En este punto, es importante recordar que pese a la consagración o ampliación de la autonomía de las personas (dígase, por ejemplo, decisiones para disponer sobre el propio cuerpo, sobre la vida o la integridad física) tiene como demarcación legal expresa, cualquier tipo de práctica eutanásica, por

⁸⁶ Ya nos referimos, al inicio de este trabajo, a las posibles dudas que nos merece un reconocimiento amplio del concepto de dignidad dentro de una legislación que proscribe las prácticas eutanásicas y en general, cualquier actuación médica que acelere el proceso mortal. Aquí, e interpretando al legislador, parecen darse los marcos y límites sobre qué ha de entenderse por dignidad y cómo este principio se refleja en derechos concretos para el paciente.

⁸⁷ Artículo 6º: “*Toda persona tiene derecho a que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, de acuerdo con la reglamentación interna de cada establecimiento, la que en ningún caso podrá restringir este derecho de la persona más allá de lo que requiera su beneficio clínico. Asimismo, toda persona que lo solicite tiene derecho a recibir, oportunamente y en conformidad a la ley, consejería y asistencia religiosa o espiritual*”.

⁸⁸ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit., (n. 47), pp. 6 ss.

lo que el límite indiscutible a dicha autonomía será todo acto u omisión que implique la aceleración artificial de la muerte. Sobre este punto volveremos más adelante.

En general, el ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta a que éstas tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento.

Así, la ley ha establecido que este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado⁸⁹.

En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10⁹⁰.

Este derecho, en principio, no tiene más limitaciones que excepciones basadas en razones de salud pública, en que los procedimientos médicos obedezcan a situaciones de emergencia, o que no hagan posible recabar la

⁸⁹ Ley N° 20.584, artículo 14 inciso 4°.

⁹⁰ Artículo 10: *“Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente. Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia. Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello”.*

voluntad de la persona. En este sentido, y de acuerdo al artículo 15 de la ley⁹¹, no se requerirá la manifestación de voluntad en casos que impliquen riesgo para la salud pública, riesgo inmediato para la vida del paciente, y en casos en que por incapacidad no pueda prestar su consentimiento.

c) *Respeto de las personas en situación de salud terminal.* Como una necesaria consecuencia de la consagración del derecho a consentir cualquier intervención que en el ámbito de la propia salud, asoma la posibilidad que aún en una situación de salud de extrema precariedad, llamada en el proyecto estado terminal, la persona atendida pueda rechazar tratamientos que estime desproporcionados e innecesarios.

Así, lo que el legislador se propuso fue regular, o evitar, lo que se ha denominado coloquialmente como el encarnizamiento, o también conocida, dentro del ámbito de la bioética, como obstinación terapéutica⁹².

Se trata, por ende, de evitar una prolongación innecesaria de la agonía del paciente, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión.

De esta forma, el proyecto se funda en las dificultades teóricas y prácticas de la necesaria distinción de esta situación, en que se evitan actuaciones extraordinarias e innecesarias, respecto de aquellas en que se acelera artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos, cuyo objetivo es procurar la muerte, o de la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias.⁹³

Por la importancia ética, práctica e incluso política, esta materia se ha

⁹¹ De esta forma, el referido artículo 15 señala que: “*no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones: a) en el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona; b) en aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda; y c) cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida*”.

⁹² Como ya hemos señalado, también se le ha denominado, bajo el neologismo de “distanacia”, esto es, la prolongación de la vida de un paciente con una enfermedad grave e irreversible o terminal, mediante la tecnología médica, cuando su beneficio es irrelevante en términos de recuperación funcional o mejora de la calidad de vida. En tal situación, los medios tecnológicos utilizados se consideran extraordinarios o desproporcionados; véase: LORDA, S. - BARRIO, I. - ALARCOS, F. - BARBERO, J. - COUCEIROD, A. - HERNANDO, P., cit. (n. 21), p. 273.

⁹³ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 8 ss.

regulado de manera especial en el segundo epígrafe del párrafo sexto de la ley, rechazando expresamente la aceleración artificial del proceso de muerte y creando al mismo tiempo los mecanismos para las situaciones de duda o de conflicto entre la recomendación médica y la decisión de la persona atendida o quienes tengan la facultad de subrogar su decisión⁹⁴.

d) *Marco legal para la tutela ética en los servicios asistenciales.* El proyecto de ley buscó la consagración legal de un sistema de tutela ética en el ámbito del otorgamiento de prestaciones asistenciales, de manera que en caso de conflictos bioéticos, exista esta instancia que permita una solución especializada de estos conflictos.

Así, y frente a desacuerdos en cuanto a la opinión del médico tratante y la voluntad del paciente, como en el caso que el paciente se niegue a recibir un tratamiento que a juicio del especialista acarree consecuencias graves para su salud, podrá el galeno recurrir a la opinión del comité de ética del establecimiento⁹⁵.

Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por el paciente o sus representantes, la misma opinión podrá solicitarse.

La ley, en su artículo 17 señala que en ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva⁹⁶.

Para nosotros, recurrido el comité por parte del médico, en relación a un rechazo a tratamiento, y produciéndose lesiones o la muerte del paciente por falta de atención, se excluiría la responsabilidad penal del facultativo, tanto por haber actuado conforme a la *lex artis*, como por haberse radicado el aumento del riesgo en el mismo paciente, y no en el médico. Asimismo, ante la insistencia del médico en la aplicación de un tratamiento, y aplicado éste con la venia del comité, su actuación también se conformaría con la *lex*

⁹⁴ Artículo 16: “*La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte [...]*”.

⁹⁵ Para MAYER, L., cit. (n. 1), p. 375, 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.

⁹⁶ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 10 ss.

artis, o incluso, podría estar amparada por la eximente del artículo 10 N° 10 CPen., esto es, en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo⁹⁷.

A continuación, indica el mismo artículo, tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias, las cuales se tramitarán conforme a la reglas del recurso de protección.

Finalmente, si el profesional tratante difiere de la decisión manifestada por la persona o su representante, podrá declarar su voluntad de no continuar como responsable del tratamiento, siempre y cuando asegure que esta responsabilidad será asumida por otro profesional de la salud técnicamente calificado, de acuerdo al caso clínico específico.

4. Ámbito de aplicación de la ley.

El estudio de la normativa requiere necesariamente establecer los límites o marcos dentro de los cuales la ley surtirá sus efectos y será, por ende, aplicada. Para ello, en el presente capítulo analizaremos quiénes son sus destinatarios, esto es, las personas e instituciones obligadas a darle eficacia; quienes son los sujetos protegidos y sus obligaciones; y el ámbito temporal en que dichas obligaciones y derechos son exigibles.

El primer cambio establecido en el proyecto apunta a modificar el nombre de la ley, precisando desde el comienzo que el objetivo es regular los derechos y deberes de las personas en o durante la atención de salud.

Lo anterior se fundamenta en que los derechos de las personas en salud pueden ser muchos más que los que esta ley, desde sus textos originales, es capaz de incluir.

Además, el derecho básico a la salud que en nomenclatura constitucional es el Derecho a la Protección de la Salud, garantizado en el artículo 19, número 9, de nuestra Carta Fundamental, se ha desarrollado a través de textos legales precisos y complejos, entre los que destaca la Ley N° 18.469⁹⁸,

⁹⁷ Este punto nos es pacífico. Así, para ROXIN, C., cit. (n. 25), p. 4, tal deseo debe respetarse y el médico no podría actuar en contra de la voluntad del paciente. “Cuando no obstante se le suministra una inyección al moribundo, acaso porque el médico tiene su negativa por irracional, ello constituiría un ataque no permitido a su integridad corporal y, por tanto, punible de acuerdo con el § 221 StGB como delito de lesiones. En realidad, para una extendida opinión, no así para la jurisprudencia, con los ataques curativos en contra de la voluntad del paciente se excluye el tipo de lesiones. Pero no se trata aquí de esta cuestión aunque su punibilidad es clara”.

⁹⁸ Ley N° 18.469 que: *Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud*, en Diario Oficial de 23 de noviembre de 1985.

la Ley N° 18.933⁹⁹ y la ley que, en el marco de la reforma a la salud¹⁰⁰, creó el Régimen General de Garantías en Salud¹⁰¹.

a) Destinatarios de la Ley N° 20.584. En primer término, el proyecto buscó delimitar el concepto de prestador institucional, prefiriendo por sobre la definición labores de carácter médico, la de labores de carácter asistencial de salud, con el fin de evitar confusiones y aclarar que el objetivo es incluir no sólo a los profesionales médicos, sino también a otros profesionales del área de la salud, como enfermeras, matronas, paramédicos, entre otros sujetos, que participan directa o indirectamente en la prestación del servicio de salud¹⁰².

Así, de acuerdo al artículo primero de la Ley N° 20.584, sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado, y se entiende por prestador de salud, a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud.

Asimismo, los prestadores pueden ser de dos categorías: institucionales e individuales.

b) Prestadores institucionales. Son todos aquellos que organizan en establecimientos asistenciales medios personales, materiales e inmateriales destinados al otorgamiento de prestaciones de salud, dotados de una individualidad determinada y ordenados bajo una dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad¹⁰³.

De acuerdo al inciso tercero del artículo 3 de la ley, todo prestador, para el otorgamiento de prestaciones de salud, deberá haber cumplido las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los procesos de certificación y acreditación, cuando correspondan¹⁰⁴.

⁹⁹ Ley N° 18.933 que: *Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de salud, de 1981*, en *Diario Oficial* de 9 de marzo de 1990.

¹⁰⁰ Ley N° 19.966 que: *Establece un régimen de garantías de salud*, en *Diario Oficial* de 3 de septiembre de 2004.

¹⁰¹ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 11.

¹⁰² *Ibid.*, p. 12.

¹⁰³ Artículo 3 inciso 2º de la Ley N° 20.584.

¹⁰⁴ Según los registros publicados por la Superintendencia de Salud, al 2012 los prestadores institucionales a nivel nacional y acreditados son: Clínica Alemana de Santiago; Clínica Dávila; Clínica Las Condes; Integramédica Alto Las Condes; Integramédica Manquehue; Instituto Nacional del Cáncer; Clínica Ciudad del Mar; Centro Oftalmológico Pasteur; Clínica Mutual de Seguridad C.C.H.C de Valdivia; Clínica Mutual de Seguridad C.C.H.C de Osorno; Centro Mutual de Seguridad C.C.H.C de Ovalle; Centro Mutual de Seguridad C.C.H.C de Curicó; Centro Médico de San Joaquín; Centro Mutual de Seguridad C.C.H.C de La Unión; Clínica Santa María;

c) **Prestadores individuales.** Prestadores individuales son las personas naturales que, de manera independiente, dependiente de un prestador institucional, o por medio de un convenio con éste, otorgan directamente prestaciones de salud a las personas, o colaboran directa o indirectamente en la ejecución de éstas¹⁰⁵. Se consideran prestadores individuales los profesionales de la salud a que se refiere el libro V del *Código Sanitario*¹⁰⁶.

Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud.

Finalmente, y para efectos de ampliar el espectro de quienes son los destinatarios de la norma, se enfatiza que se entenderá que el equipo de salud comprende todo individuo que actúe como miembro de un equipo de personas, que tiene la función de realizar algún tipo de atención o prestación

Centro Mutual de Seguridad C.C.H.C de La Serena; Clínica Vespucio; Centro Médico Integramédica La Serena S.A.; Fundación Oftalmológica Los Andes; Centro Mutual de Seguridad C.C.H.C. de La Florida; Clínica Oftalmológica ISV Limitada; Clínica Quilicura; Clínica Portal Oriente; Hospital Dr. Exequiel González Cortés; Centro Médico y Dental Vida Integra Quilicura; Hospital Padre Alberto Hurtado; Hospital San Juan de Dios de Santiago; Clínica Magallanes; Exámenes de Laboratorio S.A.; Clínica Reñaca; Hospital Clínico de la Fundación de Salud El Teniente; Clínica INDISA; Clínica Las Lilas; Instituto Oftalmológico Novovisión; Integramédica Talcahuano; Centro Renal Villa Alemana y Hospital San Juan de Dios de Los Andes. En, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, *Registro de prestadores acreditados* [visible en internet: <http://www.supersalud.gob.cl/acreditacion/567/w3-article-6681.html>]

¹⁰⁵ Que incluye: médicos-cirujano, cirujanos-dentista, enfermeras, matronas, tecnólogos-médico, psicólogos, kinesiólogos, farmacéuticos y químico farmacéuticos, bioquímicos, nutricionistas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionales y los técnicos paramédicos auxiliares. Superintendencia de Salud, *Registro Nacional y Regional de Prestadores Individuales de Salud* [visible en internet: <http://webhosting.superdesalud.gob.cl/bases/prestadoresindividuales.nsf/WebRegistro.xsp>]

¹⁰⁶ En cuyo artículo 112 se señala: “Sólo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones. Asimismo, podrán ejercer profesiones auxiliares de las referidas en el inciso anterior quienes cuenten con autorización del Director General de Salud. Un reglamento determinará las profesiones auxiliares y la forma y condiciones en que se concederá dicha autorización, la que será permanente, a menos que el Director General de Salud, por resolución fundada, disponga su cancelación. No obstante lo dispuesto en el inciso primero, con la autorización del Director General de Salud podrán desempeñarse como médicos, dentistas, químico-farmacéuticos o matronas en barcos, islas o lugares apartados, aquellas personas que acrediten título profesional otorgado en el extranjero” (Decreto con fuerza de ley N° 725, en *Diario Oficial* de 31 de enero de 1968).

de salud. Lo anterior incluye a profesionales y no profesionales, tanto del área de la salud como de otras que tengan participación en el quehacer de salud¹⁰⁷.

d) Sujetos protegidos. El artículo 2 de la ley establece a continuación que toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria.

Sin perjuicio de ello, el proyecto reconoce, como contrapartida a estos derechos, algunas obligaciones: respetar las normas vigentes en materia de salud, informarse acerca del funcionamiento del establecimiento que la recibe para los fines de la prestación que requiere, especialmente respecto de los horarios y modalidades de atención, así como sobre los mecanismos de financiamiento existentes, sin perjuicio de la obligación del prestador de otorgar esta información. Asimismo, debe informarse acerca de los procedimientos de consulta y reclamos establecidos.

Se señala que todas las personas que ingresen a los establecimientos de salud deben cuidar las instalaciones y equipamiento que el prestador mantiene a disposición para los fines de atención, haciéndose responsables según corresponda de acuerdo con la ley.

También el proyecto se encarga de consagrar que las personas deben tratar respetuosamente a los integrantes del equipo de salud, sean éstos profesionales, técnicos o administrativos. Igual obligación corresponde a los familiares, representantes legales y amigos¹⁰⁸.

e) Ámbito temporal. Estos derechos corresponden, en relación a la prestación en concreto como derecho del paciente, al período de otorgamiento de las prestaciones de salud, es decir, desde que la persona ingresa al sistema de atención de salud, sea éste público o privado, hasta que abandona el sistema¹⁰⁹.

En cuanto a la vigencia de la norma, la ley fue publicada con fecha 24 de abril de 2012, para finalmente, y de acuerdo a su artículo transitorio, entrar en vigencia el primer día del sexto mes siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial*, esto es, desde el primero de octubre del año 2012.

¹⁰⁷ *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 13.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 17 y ss.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 41.

III. TRATAMIENTO QUE IMPONE LA LEY N° 20.584 A LA EUTANASIA Y PROBLEMAS INTERPRETATIVOS QUE SURGEN A PARTIR DE SU REGULACIÓN

Sobre el particular, y como ya hemos señalado, la norma chilena ha optado por la prohibición de toda clase de práctica eutanásica y expresamente así lo ha consagrado en los artículos 14 inciso 3º y 16 inciso 1º, ambos con redacción similar.

El artículo 14, por su parte, señala que en ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio. El artículo 16 continúa diciendo que en ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Como puede apreciarse, la prohibición pretende ir un paso más allá, y el legislador proscribe simultáneamente junto con la eutanasia, todo tratamiento que tenga como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte¹¹⁰, y el auxilio al suicidio¹¹¹.

¹¹⁰ Concepción que resulta algo confusa, puesto que, suponer la existencia de un concepto de “aceleración artificial”, admitiría a su vez la existencia de un concepto de “aceleración natural”, lo que lleva a preguntarse si existe tal, entendido lo natural como “[p]erteneciente o relativo a la naturaleza” y aquello “[q]ue se produce por solas las fuerzas de la naturaleza” siguiendo la terminología de la Real Academia Española. No existe, ergo, aceleración natural, puesto que ella como tal sigue un curso propio y libre de trabas externas, ni tampoco el concepto de aceleración artificial, ya que por el sólo hecho de adquirir la condición de “acelerado” supone el de una intervención del curso normal, corriente o natural. A nuestro parecer, el legislador simplemente quiso enfatizar el hecho de que el proceso de muerte no puede ser provocado, sino que, si este deviene de manera espontánea tras el rechazo a un tratamiento, no sería ilícito ni reprochable tal resultado. Por otro lado, y durante la tramitación de la ley y en el primer informe de la Comisión de Salud, se señaló que es innecesario establecer, en el inciso primero de esta norma, que el rechazo de los tratamientos no puede tener como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte, por cuanto en el articulado ya aprobado ha quedado suficientemente claro que la voluntad respecto de someterse o no a un tratamiento radica en el paciente, cualquiera sea la situación en que se encuentre, la cual debe ser respetada tanto por sus parientes como por el médico que lo atiende. Se señaló que a partir de esta disposición podría interpretarse que para no acelerar el proceso de muerte debe realizarse todo el esfuerzo posible, lo cual podría conducir a un encarnizamiento terapéutico no deseable, y se hizo notar la diferencia que existe entre los hospitales públicos y las clínicas privadas en lo que respecta a las decisiones que se adoptan en relación con los tratamientos aplicables a un paciente terminal. Para todo, véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 76-77.

¹¹¹ Proscripción que constituye un pleonasio, toda vez que dicha figura es de conocido reproche en materia penal (artículo 393 CPen.), y como ya hemos visto, no constituye en ningún caso una especie o categoría de práctica eutanásica.

Creemos necesario, por tanto, y teniendo como referente la multiplicidad de conceptos que circundan al de eutanasia (conceptos ya revisados), establecer los límites del derecho que tienen los pacientes para someterse o no a tratamientos médicos, exponiendo los problemas que podrían suscitarse en la aplicación práctica de la ley, y cómo el derecho penal enfrentaría cada una de estas realidades.

1. Límites del derecho que tienen las personas para someterse a tratamientos médicos de acuerdo a la Ley N° 20.584.

Recordemos que el párrafo 6° de la ley –que trata de la autonomía de las personas en su atención de salud– consagra en su artículo 14 que toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Este derecho se ha consagrado además en el artículo 16, el cual refiriéndose a las personas que se encuentran en estado de salud terminal, les permite rechazar todo tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida¹¹².

En otras palabras, el legislador reconoce que las personas pueden rechazar todo tipo de tratamiento, encontrándose o no en estado de salud terminal¹¹³,

¹¹² Durante la discusión del proyecto, en el primer informe de la Comisión de Salud, el representante del Ejecutivo aclaró que mediante esta norma se pretende regular en forma especial el estado de salud terminal, debido a la vulnerabilidad de las personas que se encuentran en esta situación, sobre la base de abordar el tema de las implicancias que podría tener el reconocimiento al rechazo de los tratamientos médicos y de impedir que el objetivo de este último consista en provocar la muerte, lo cual se asocia a la eutanasia pasiva. Hizo presente que, para algunos, este concepto se extiende al rechazo o suspensión de tratamientos considerados desproporcionados o extraordinarios, no obstante lo cual, para determinar si ello configura una especie de eutanasia es necesario que la intención del sujeto consista precisamente en acelerar la muerte y no sea esto simplemente una consecuencia o efecto de dicho rechazo; véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 77.

¹¹³ En el proyecto enviado en 2001, el consentimiento informado se refería exclusivamente a procedimientos invasivos, entendiéndose por tales aquellos en los que se interviene en el cuerpo de una persona viva con fines diagnósticos o terapéuticos. Se entendió que limitar a estos procedimientos el alcance del derecho a decidir, era muy restrictivo. De esta forma, en aquellos procedimientos que por su especial característica, esto es, invadir el cuerpo humano o incluso poner en riesgo la salud o la propia vida humana, se decidió reglamentarlos de manera especial, exigiéndose que la información y la decisión deban constar por escrito; véase: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), p. 8. Por ello, la regla general que dispuso el legislador fue que la voluntad de rechazo a tratamientos médicos pueda manifestarse en forma verbal, pero en ciertos casos deberá constar por escrito. Así se legisló en el inciso 4° del artículo 14 de la Ley N° 20.584: “[p]or regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo

sin perjuicio que en el primer caso, ello no implique la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio, y en el segundo, que el objeto del rechazo sea únicamente evitar la prolongación artificial de la vida, o lo que se ha denominado ensañamiento u obstinación terapéutica.

También se ha limitado el derecho a rechazo, en ambos casos, si la falta de aplicación de los procedimientos, supongan un riesgo para la salud pública [artículo 15 letra a)¹¹⁴ y 16 inciso 2º¹¹⁵].

Ahora bien, estas limitaciones a rechazar u otorgar la voluntad, han sido establecidas para aquellos casos en que el paciente tiene plena autonomía para expresar su consentimiento. En este sentido, el artículo 15 letra b), consagra que dicho derecho también será limitado y se prescindirá de la autonomía y voluntad, en aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

Asimismo y por último, el artículo 15 letra c) señala que no se requerirá la manifestación de voluntad cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

Por tanto, y en principio, lo que el legislador no prohíbe es que a consecuencia del rechazo, se produzca naturalmente la muerte.

relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse” ..

¹¹⁴ Que señala: “[n]o obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones: a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona”.

¹¹⁵ Que reza a su vez, que este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

2. Rechazo a tratamientos médicos y eutanasia pasiva.

Pese al aparente destierro explícito de la muerte a petición o eutanasia, la inexistente praxis de la norma en Chile pone en entredicho sus efectos prohibitivos. Al contrario, y como se ha reiterado a lo largo de esta investigación, el reconocimiento amplio de conceptos como el de autonomía y dignidad, y la consagración del rechazo a tratamientos médicos en términos casi absolutos¹¹⁶ se contrapondrían a la interpretación y aplicación que buscó el legislador.

Antes de la promulgación y entrada en vigencia de la ley, ya la profesora Zúñiga se cuestionaba sobre la norma, señalando así que, “la disposición citada, de aprobarse, debiera significar un rotundo cambio en nuestra jurisprudencia sobre derecho a la vida pues se deja claro que no es posible, a causa del respeto a la autonomía de las personas, obligar a nadie a someterse a tratamiento médico alguno, aun cuando sea para “protegerle de sí mismo” y salvarle la vida”¹¹⁷. Esta crítica la realiza apoyándose en la jurisprudencia que nuestros Tribunales de Justicia mantienen sobre la protección del derecho a la vida garantizado en el artículo 19 N° 1 CPol., y que han estimado que la protección del derecho a la vida exigiría incluso obligar a determinadas personas a someterse a procedimientos médicos contra su voluntad. Este ha sido el caso de los Testigos de Jehová y de las personas que realizan huelgas de hambre¹¹⁸.

Pero más importante aún, parece cuestionarse acerca de si el rechazo a

¹¹⁶ Recordemos que las únicas limitaciones al rechazo de tratamiento médico, incluyendo, por supuesto, la *eutanasia*, son: *i*) la puesta en riesgo de la salud pública; *ii*) que la condición de salud de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e imposponible; y *iii*), que la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido.

¹¹⁷ ZÚÑIGA, Alejandra, *Derechos del paciente y eutanasia en Chile* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000200005&script=sci_arttext]. En el mismo sentido, y con cita a jurisprudencia OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, *El derecho a rechazar tratamientos médicos ¿un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?* en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2 (Universidad del Desarrollo, 2013).

¹¹⁸ Para más jurisprudencia sobre ello, véase: “Luz Hidalgo, Omar, director Hospital de Copiapó por Muñoz Bravo, Luis”: sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 24 marzo 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 89 (1992), pp. 219-222; “Fundación de Salud El Teniente por Reyes Ibarra, Jorge”: sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 22 agosto de 1995, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 92 (1995) 3, secc. 5^a; “Rozas Vial, Fernando y otros con Párroco de San Roque y otros”: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 agosto de 1984, en *Gaceta Jurídica*, 50 (1984), pp. 76-80; y “Martínez Cerdá, Claudio, Director Nacional de Gendarmería de Chile con Internos de la Unidad Especial de Seguridad”:

un determinado tratamiento, implicaría una vulneración a nuestro *Código Penal*, ya sea por tratarse de casos de eutanasia pasiva sancionable a través de la figura del homicidio por omisión, o de un caso de auxilio al suicidio¹¹⁹.

En principio, este cuestionamiento no reviste mayores complejidades. Ya el profesor Garrido Montt ha expuesto sobre ello, señalando que la interrupción de los procedimientos que no tienen fines terapéuticos, sino que se dirigen a prolongar artificialmente el proceso de terminación de la vida (para él, eutanasia pasiva), no importa homicidio. A su vez, la mantención de la vida artificialmente (sobrevida), sin objeto de recuperación del paciente –ortotanásia– no es punible¹²⁰.

Sin embargo, el tema se complejiza a medida que nos adentramos en su estudio. En este sentido, la profesora Zúñiga ha señalado que es la eutanasia pasiva la que, probablemente, presenta más problemas éticos y jurídicos, “pues no resulta fácil establecer los límites entre lo lícito y lo ilícito y, por lo general, existe una confusión sobre lo que realmente es una omisión eutanásica y lo que únicamente significa la interrupción del tratamiento en determinadas situaciones. Asimismo, las dificultades para diferenciar entre eutanasia pasiva indirecta y la suspensión de tratamientos vitales emanan de una construcción argumentativa, para muchos sospechosa, que intenta distinguir actos y omisiones que en esencia parecen ser la misma cosa”¹²¹.

Recordemos que, para nosotros, el concepto de eutanasia importa aquella actuación u omisión médica que provoca la muerte del paciente mediante actos directos, a petición expresa y reiterada en el tiempo de quien padece una enfermedad incurable y dolores severos.

Así, se pone de relieve el problema dogmático–penal sobre las conductas u

sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 mayo 1996, en *Gaceta Jurídica*, 191 (1996), pp. 96-97.

¹¹⁹ La literatura ya lo ha tratado, en relación a casos famosos. Así, GAFO FERNÁNDEZ, Javier, *La eutanasia y la ética del buen morir*, en *Revista Médica de Uruguay*, 6 (1990), pp. 95-102, refiriéndose al caso denominado “Baby Doe”, nos recuerda como la legislación puede ser burlada peligrosamente. Doe fue un niño con síndrome de *Down* que al momento de su nacimiento padeció de una fistula traqueo-esofágica que hizo necesaria una intervención quirúrgica. Los padres recibieron diferentes informaciones de la dirección del hospital y decidieron finalmente que no se hiciera la operación y se dejara morir al niño. Los mismos jueces favorecieron la opinión. El Tribunal Supremo del Estado de Indiana no intervino en el asunto después de un debate polémico. El caso se hizo público y hubo un movimiento muy importante de solidaridad con Doe. Hasta diez matrimonios se ofrecieron para quedarse con el niño. El asunto fue llevado a la Corte Suprema de los EE.UU.; pero antes de que este se pronunciare, el niño falleció.

¹²⁰ GARRIDO MONTT, M., cit. (n. 44), pp. 33-34.

¹²¹ ZÚÑIGA FAJURI, A., cit. (n. 117), p. 116.

omisiones médicas que esconden una intencionalidad eutanásica¹²². Es decir, casos en que el médico, el paciente, o ambos, con el propósito de ponerle fin a su vida, aceptan o proponen un rechazo a tratamiento. En resumen, tras la apariencia de un rechazo de tratamiento, se puede esconder la intención de provocar la muerte.

Una visión de este tipo, permitiría explicar por qué el legislador en la reciente ley de derechos del paciente señala que en ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Creemos por tanto, procedente distinguir las diferentes hipótesis que pueden darse sobre este tópico, y así dilucidar las posibles alternativas punibles que puedan derivarse de ello. Saber qué roles juegan los conocimientos o voluntades de quienes intervienen en el retiro de un tratamiento, y cómo una omisión importa o no una aceleración de la muerte, parece de la máxima relevancia en situaciones que revisten grandes complejidades, como son las decisiones al final de la vida.

Por lo demás, debemos recordar que el médico se encuentra en una posición de garante frente al paciente, por lo que su status lo obliga precisamente a actuar frente a cualquier peligro que atente contra la vida de quien está a su cargo, lo cual por cierto debe ser considerado en atención a cómo se puede ver limitado este deber de salvaguarda frente a la decisiones que, dentro de su propio riesgo, tome el paciente¹²³.

De esta forma, analizaremos: el caso de un rechazo a tratamiento médico por parte del paciente, sin intención de provocarse la muerte; el caso de un rechazo a tratamiento médico, con intención de que se produzca la muerte por parte del paciente; el caso de rechazo a tratamiento con intención de muerte y con conocimiento de esta situación por parte del médico; el caso de rechazo a tratamiento, sin intención de provocar la muerte por parte del

¹²² Hablamos de conductas (acciones) u omisiones, puesto que desde un punto de vista fenomenológico, la conducta realizada puede ser activa o pasiva. Sin embargo, buena parte de la doctrina entiende, como hemos señalado anteriormente, que desde un punto de vista normativo se trata siempre de comportamientos omisivos, pues aunque la conducta de desconexión de un respirador artificial, por ejemplo, es un hacer causal para el modo y manera de la muerte [...] normativamente se presenta como una omisión de la continuación del tratamiento. En el mismo sentido: OSSANDÓN, M., cit. (n. 117), p. 187.

¹²³ OSSANDÓN, M., cit. (n. 117), p. 188: "Si bien el médico ostenta una posición de garante respecto de la vida de su paciente, los deberes que surgen de ella se delimitan de conformidad con la *lex artis*, que supone no solo factores de carácter técnico, sino que también otras consideraciones como el respeto por la voluntad del paciente, la limitación en los recursos técnicos, etc.".

paciente, pero sí del médico; y por último, la omisión del alivio del dolor en contra de la voluntad del paciente, esta última, hipótesis planteada por Roxin.

a) **Rechazo a tratamiento médico por parte del paciente, sin intención de provocarse la muerte.** Como ya se ha revisado, la normativa permite y reconoce este derecho, aun cuando la decisión del paciente implique poner en riesgo su vida representado como una mera posibilidad o incluso con una probabilidad rayana en la certeza. Así, el paciente que sufre de un cáncer y se encuentra en estado de salud terminal, podrá rechazar un tratamiento de quimioterapia, aun cuando ello implique un riesgo vital. En este mismo sentido ha sido reconocido y consagrado por los artículos 14 y 16 de la ley, ya revisados en varias oportunidades durante este trabajo.

Sin embargo, se podría plantear que la ley presenta un vacío, puesto que la segunda parte del artículo 14 señala que dicho derecho podrá ser ejercido con las limitaciones establecidas en el artículo 16, esto es, en el caso, y sólo en el caso, de que la persona se encuentre en estado de salud terminal, y que el tratamiento a rechazar tenga como único objeto prolongar artificialmente la vida. Es decir, limita el rechazo específicamente a dichas circunstancias, lo que podría llevar a pensar que sólo en ese estado –salud terminal–, se puede rechazar un tratamiento, y siempre que éste tenga como finalidad prolongar artificialmente la vida. Así, el paciente que no se encuentra en dicho estado, no podría rechazar tratamientos, o de encontrarse en dicho estado, no podría rechazar tratamientos que no tengan el efecto mencionado –prolongar artificialmente la vida–.

Pese a lo anterior, creemos que esta interpretación es errónea, puesto que en la práctica nadie podría obligar a un paciente a aceptar un determinado tratamiento, por muy necesario que éste sea¹²⁴. Por lo demás, jurídico–penalmente dicha conducta carecería de relevancia, puesto que se enmarcaría dentro de los riesgos propios que asume el paciente frente al rechazo¹²⁵.

En resumen, un rechazo a tratamiento, sin que exista la intención de provocarse la muerte, carece de relevancia para el Derecho Penal, puesto que se enmarca dentro de la autonomía y riesgo del paciente¹²⁶.

¹²⁴ Ello, en el entendido de que no se trate de los supuestos ya revisados y contemplados en los artículos 15 y 16 de la ley aquí analizada, como por ejemplo, si el rechazo supone un riesgo para la salud pública, caso en el que no se requerirá la manifestación de voluntad del paciente.

¹²⁵ Podría afirmarse entonces, como señala la profesora OSSANDÓN, M., cit. (n. 117), p. 188, que: “un eventual desenlace fatal es imputable al infortunio o al ámbito de competencia de la víctima, no porque la vida sea un bien disponible para su titular [...] sino porque con su conducta limita los deberes de garantía del médico o de otra persona que pudiere estar en una posición similar de garante”.

¹²⁶ En el mismo sentido, la profesora OSSANDÓN, M., cit. (n. 117), p. 183: “[s]i en el caso concreto el rechazo a un tratamiento se hace con la intención precisa de morir

b) Rechazo a tratamiento médico, con intención de provocar la muerte por parte del paciente. El mismo resultado se daría en este segundo supuesto, esto es, un rechazo a tratamiento, pero con la intención de que se produzca la muerte por parte del paciente.

En este sentido, la norma establecida en la ley no se vería vulnerada, puesto que lo que proscribe es que el rechazo tenga precisamente por objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. Como ya explicamos, la muerte en sí, y ante el rechazo, se sobrepondría naturalmente, o dicho de otra manera, sin la intervención de terceros o de cualquier otro artificio que produzca la aceleración de su venida, caso en el cual estaremos frente a una muerte natural, en que la voluntad del paciente no influye causalmente, ni tiene relevancia normativa¹²⁷.

cuanto antes –salvo que se persiga acelerar artificialmente la muerte–, si eso es asumido como consecuencia segura o si se acepta como una posibilidad, aunque no se desea, no es de incumbencia del legislador”.

¹²⁷ Para ROXIN, C., cit. (n. 25), pp. 8 ss.: “[e]n tales supuestos la situación jurídica es, en principio, clara. El hecho queda impune, pues resulta inadmisible tratar a un paciente en contra de su voluntad. Por tanto, si alguien con motivo de un proceso canceroso rehúsa una operación que le alarga la vida [...], ésta no debe llevarse a efecto. A menudo sucede que personas ancianas y enfermas que están al borde de la muerte, rechazan un tratamiento en la unidad de cuidados intensivos en el que aquélla no tardaría en llegar. Esta circunstancia debe ser respetada. La voluntad del paciente es decisiva incluso cuando desde un juicio objetivo y desde el punto de vista de muchos observadores aquél es irresponsable. Aun cuando una madre con cuatro hijos por motivos religiosos prohíbe a los médicos que le practiquen una transfusión sanguínea que puede salvarle la vida [...], aquéllos deben inclinarse por dejar morir a la mujer.” Sin embargo, el mismo autor plantea la posibilidad de que exista una excepción tratándose de pacientes suicidas. Para ello, cita el fallo del Tribunal Supremo Federal en el caso ‘Wittig’ fallado en el año 1984. Una mujer de 76 años gravemente enferma y cansada de la vida tras la muerte de su marido quiso poner fin a la suya mediante una sobredosis de morfina y somníferos. Dejó, junto con otros textos de similar contenido, un texto manuscrito donde rezaba lo siguiente: ‘[e]n pleno uso de mis facultades le pido a mi médico que no me ingrese en un hospital, residencia o en una unidad de cuidados intensivos, así como que no emplee medicamentos que alarguen la vida. Quiero tener una muerte digna’. El médico de cabecera llegó cuando ella estaba ya inconsciente pero todavía vivía. Omitió cualquier internamiento en un hospital y esperó en la casa hasta que sobrevino la muerte a la anciana. En cuanto al resultado, el Tribunal Supremo Federal absolvió al médico Wittig; pero lo hizo únicamente porque en la hipótesis de que la paciente hubiera sido rescatada habría quedado grave e irreversiblemente dañada, y en tal caso habría sido defendible con una decisión médica adoptada en conciencia no ordenar su ingreso en la unidad de cuidados intensivos. El tribunal señaló que, por regla general, para el médico sería ‘básicamente inadmisible’ plegarse al ‘deseo mortal del suicida’”. Roxin aclara no estar de acuerdo con el fallo del tribunal, no por la absolución, sino que por los motivos de la misma.

c) Rechazo a tratamiento con intención de provocarse la muerte y con conocimiento de esta situación por parte del médico. Más difícil pareciera el caso anterior, si es que existe por parte del médico tratante, un conocimiento de la intención del paciente, y aquel consciente en retirar el tratamiento. En principio, dicha situación carecería de relevancia para el Derecho Penal, puesto que el médico estaría actuando dentro de la órbita de riesgo que el paciente tiene permitido, y por ende, su asentimiento con la voluntad del paciente carecería de ilicitud. Es decir, la omisión en sí, no importaría un aumento del riesgo permitido por parte del facultativo.

Pero sí adquiere relevancia, creemos, toda vez que dicho tratamiento implique el retiro de las denominadas medidas de soporte ordinario que el médico está obligado a proveer¹²⁸. En otras palabras, no podría el médico aceptar el retiro de una intravenosa que provee suero al paciente, y así permitir su muerte por deshidratación, aun cuando sea el paciente quien expresamente solicite dicha medida.

Así, para la profesora Ossandón, el retiro de las medidas de soporte vital mencionadas, implicaría una aceleración artificial de la muerte, y se trataría,

¹²⁸ Recordemos que el mismo artículo 16 establece dicha obligación, al indicar que el derecho a rechazar tratamientos fútiles o que solo prolongan artificialmente la vida, será “*sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario*”. De acuerdo a la historia fidedigna de la ley, en el Nuevo Segundo Informe de la Comisión Salud, los senadores señora Matthei y señores Larraín y Novoa, propusieron integrar al articulado la referencia a las “*medidas ordinarias de soporte vital*”, haciendo alusión a tratamientos como la hidratación, alimentación o sonda gasogástrica, las cuales no se podrán privar o rechazar jamás. Al retomar el punto en la oportunidad reglamentaria, el senador señor Chahuán manifestó que apoyaba ambas indicaciones en debate porque está por respetar en todo caso el derecho a la vida y el texto en ellas propuesto fija un límite a la voluntad del paciente. En efecto, sin descartar el derecho a bien morir y de rechazar el encarnizamiento terapéutico, impiden que por la vía de suspender las medidas de soporte vital se practique la eutanasia o se preste asistencia al suicidio. En contra de esta posición, el senador señor Rossi hizo presente que, a su juicio, resulta impracticable una disposición que obligue a alguien a aceptar las medidas de soporte. Por su parte, el ministro de Salud manifestó que, a su juicio, medidas mínimas como suero, oxígeno y tratamiento anti escaras no se deben suspender en un establecimiento hospitalario. Finalmente, el senador señor Ruiz-Esquide expuso que frente a un caso terminal, como siempre existirá una posibilidad de variación en el estado del paciente, por mínima que sea, no se le debe privar de medidas esenciales, como son el oxígeno y una vía abierta que puede servir a distintos propósitos, como hidratar y sedar, por ejemplo. Todos los miembros de la Comisión estuvieron contestes en que es inadmisible dejar morir a una persona de deshidratación o asfixia, por lo que las medidas de soporte ordinarias proceden en todo caso; todo en: *Historia fidedigna de la Ley N° 20.584*, cit. (n. 47), pp. 587-596.

por tanto, de una conducta prohibida por la ley y sancionable penalmente¹²⁹, opinión con la cual coincidimos plenamente.

En contra, Szczaranski¹³⁰ para quien la norma no prohíbe que el paciente retire por sí mismo un determinado tratamiento, acto tras el cual no se establecería obligación alguna para los médicos de reinstalar las medidas de soporte vital. “El reinstalar el soporte constituye un tratamiento médico distinto del “mantenimiento” del mismo (por algo el legislador hace referencia específica a ese término), y el derecho del paciente a aceptar o rechazar tratamientos no se encuentra limitado a su respecto, rigiendo por tanto la regla general de la primera parte del artículo 14”, señala el autor.

Discordamos con este planteamiento, precisamente porque el retiro de un soporte vital ordinario implica vulnerar la norma que las manda. El médico que no las reinserta, estará faltando a su deber de garante, cual es precisamente velar por la salud del paciente, aun cuando este se oponga, tratándose, como señalamos, de las medidas de soporte ordinarias.

La regla “sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario” que utiliza el artículo 16, evidentemente engloba la reinstalación como manifestación de su mantenimiento si estas son retiradas por el mismo paciente, consagrándose un mandato imperativo al facultativo en este sentido.

Una interpretación como la que plantea el profesor Szczaranski se enmarcará, a nuestro juicio, dentro del tipo de homicidio en su modalidad omisiva. Ello se conjuga plenamente con los principios reconocidos por la ley y con el reconocimiento legal de que el derecho a rechazo nos es absoluto y, por tanto, tiene límites.

Pero el verdadero problema que se esconde tras el retiro de medidas de soporte vital, no es el resultado que éstas produzcan a causa de su cesación –lo cual, como vimos, será atribuible a título de homicidio por omisión al facultativo o a quien esté a cargo del paciente–, sino la calificación jurídica de cuándo dicha medida será considerada como ordinaria o extraordinaria.

De acuerdo a las discusiones que se suscitaron durante la tramitación

¹²⁹ OSSANDÓN, M., cit. (n. 117), p. 193: “Dejar de proporcionar alimentación o hidratación no queda, en caso alguno, comprendido como parte de los comportamientos de riesgo que esta ley permite, por lo que el médico que omite estos cuidados básicos tendría responsabilidad penal a título de homicidio: el resultado será atribuible a esa conducta y no, como en las hipótesis de *eutanasia* pasiva, a la enfermedad o mal que aquejaba al paciente; pues el enfermo comatoso está vivo y podría seguir estándolo por mucho tiempo, al suspender la alimentación muere por inanición, no por su enfermedad. Lo mismo puede decirse respecto de la suspensión de las medidas básicas de soporte vital de cualquier paciente que no pueda –temporal o permanentemente– realizarlas por sí mismo”.

¹³⁰ En SZCZARANSKI, FEDERICO, *Sobre el estatus deóntico de la Eutanasia* [visible en internet: <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=326&cidautor=97>].

de la ley, se consideraron ordinarias medidas como la hidratación, suero, oxígeno, tratamiento anti escaras, alimentación, sonda gasogástrica, entre otras, las cuales por cierto, deberán siempre ser proveídas al paciente por expreso mandato normativo. Sin embargo, la praxis médica muestra que, medidas que en principio pueden ser consideradas como ordinarias, como una vía abierta para hidratar, pasan a ser extraordinarias en determinados pacientes, y que medidas extraordinarias, como un respirador artificial, se convierten en ordinarias o de soporte básico, para otros, dependiendo de las particulares condiciones que rodean al paciente¹³¹.

A partir de ello, se podría plantear que bajo la apariencia de un rechazo a un tratamiento médico extraordinario, y cumpliéndose los requisitos legales, se omita la aplicación de un tratamiento que, para el caso concreto, sea ordinario o básico, vulnerándose así el mandato normativo. En este sentido, prohibir el rechazo a un tratamiento que a todas luces sólo tiene por objeto prolongar artificialmente la vida, sería radicalmente objetable a la luz de la

¹³¹ SANZ RUBIALES., Álvaro y otros, *Decisiones clínicas sobre el mantenimiento de medidas de soporte y la sedación en el cáncer terminal*. Servicio de Oncología, Servicio de Urgencias y Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Universitario de Valladolid [visible en internet: http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/paliativos/Sedacion_y_medidas_de_soporte.pdf], pp. 3 ss.: “Tanto las medidas de soporte como los criterios para emplearlas cambian de una Unidad de Cuidados Intensivos, donde la ventilación mecánica o la diálisis son técnicas habituales, a una Unidad de Geriatría, de Neurología o de Cuidados Paliativos. [...]. Concretando en el enfermo oncológico con enfermedad progresiva, no es lo mismo omitir las medidas de reanimación cardiorrespiratoria que retirar un tratamiento que se estaba recibiendo, o suspender la nutrición o la hidratación, o impedir que reciba el aseo y los cuidados corporales básicos. [...]. Como primera medida, un objetivo imprescindible en el tratamiento de cualquier enfermo terminal es el control de síntomas. De ordinario hará falta un tratamiento analgésico etiológico y/o sintomático. Se podría llegar también a otras actuaciones, como reducir el nivel de conciencia o indicar una sedación, si las medidas adecuadas no son efectivas. La alimentación y la hidratación son problemas que se prestan a un debate más amplio; ¿en qué medida su ausencia puede acelerar la muerte de un enfermo terminal? Los datos de que disponemos hasta ahora nos hacen dudar de que, efectivamente, influyan seriamente sobre la evolución de un enfermo terminal o sobre su pronóstico a corto plazo. No obstante, continúa siendo un motivo de debate. Los enfermos que se acercan o entran en una situación agónica, o los que precisan una sedación, normalmente son incapaces de comer o de beber en cantidad suficiente y, además, algunos autores opinan que no se les debe indicar hidratación o nutrición parenteral por el riesgo de que originen otros problemas, como un edema agudo de pulmón. Pero no está claro que sea motivo suficiente para omitir siempre la nutrición y/o la hidratación parenteral: como con muchas cuestiones en Medicina, la solución se suele encontrar cerca de un justo medio y en evitar caer en el dogmatismo. Por otra parte, la familia podría malinterpretar la retirada de una hidratación establecida y tampoco se debe minusvalorar las consecuencias de la deshidratación en enfermos que reciben medicación opioide”.

ley y sus principios, puesto que el paciente ha sido facultado precisamente para rechazar este tipo de procedimientos.

En definitiva, creemos que en este caso se daría la hipótesis eutanásica en su modalidad pasiva, y por ello su consecuente castigo a través de la figura de un homicidio por omisión.

*d) Rechazo a tratamiento, sin intención de provocar la muerte por parte del paciente, pero sí del médico*¹³². Sobre este caso, y en relación al paciente, reiteramos lo ya señalado en atención a que la persona, al rechazar un tratamiento, actúa dentro de su propio riesgo, y por tanto, dicha situación carecería de implicancias penales y se enmarcaría dentro de su legítimo derecho a rechazo consagrado en la Ley N° 20.584.

Asimismo, el acto u omisión en sí, no importaría un aumento del riesgo permitido por parte del facultativo, puesto que éste se encontraría actuando dentro del riesgo que el propio paciente ha creado¹³³. Y aun cuando el médico se representara como posible el desenlace fatal, su intención de que éste se produzca carece de relevancia y es inocuo para efectos de la punibilidad de la conducta, la cual a nuestro juicio no existiría.

Sin embargo, el escenario es distinto si la decisión del paciente es tomada en desconocimiento de los riesgos que ello implica, y más aún, si estos riesgos son ocultados y queridos por el médico. En términos dogmático–penales, Roxin¹³⁴ no ve problemas en una legislación pro eutanasia, siempre y cuando exista una manifestación de voluntad por parte del paciente. Señala que las únicas hipótesis que al respecto resultan problemáticas son aquellas en las que la intervención facultativa se lleva a cabo en contra de la voluntad expresa del paciente o bien allí donde la actuación médica es omitida, también en contra de la voluntad de aquél.

En este sentido, la hipótesis aquí planteada presenta factores relevantes no considerados en las figuras anteriores, ya que el paciente, como sabemos, tiene el derecho a decidir informadamente sobre su salud, lo cual responde al principio de que, no existe autonomía sin la debida información. Así, recorde-

¹³² En Chile, el artículo 9 del *Código de Ética del Colegio Médico*, señala que: “[e]l médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”, quedando claro el rechazo a la eutanasia. Véase: Colegio Médico de Chile A.G., *Código de Ética 2011* [visible en internet: http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/120111codigo_de_etica.pdf].

¹³³ OSSANDÓN, M., cit. (n. 117), p. 189: “Más todavía, en la medida en que la muerte aparece como inevitable y la aplicación de un tratamiento como una mera prolongación de la agonía, su omisión no podría configurar una conducta homicida aun cuando no contara con la voluntad del paciente, en cuanto no se puede afirmar la evitabilidad del resultado, uno de los requisitos necesarios para imputar penalmente por la comisión por omisión de un delito de resultado”.

¹³⁴ ROXIN, C., cit. (n. 25), p. 34.

mos que el artículo 10 de la ley establece que toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar.

Frente a este escenario, podríamos decir que al haber una vulneración al deber de informar contenido en la *lex artis*, el médico respondería por negligencia culpable¹³⁵ de acuerdo a lo consagrado en el artículo 491 CPen., esto es, como un homicidio culposo de aquellos establecidos para los profesionales del área de la salud, como los médicos, cirujanos, dentistas (flebotomianos) o matronas, contemplados penalmente por ser sus actividades altamente riesgosas¹³⁶.

Otra alternativa sería interpretar a contrario *sensu* el artículo 16, en el sentido de que, si la persona no fuere informada de que su estado de salud es terminal, no tendría derecho a otorgar o denegar su voluntad, y así al no haber voluntad o considerarse la voluntad entregada como nula o inexistente, no habría rechazo propiamente tal. El riesgo, por tanto, se desligaría del paciente puesto que fue creado por el facultativo, lo que haría responsable a este último, de la muerte del paciente a título de homicidio por omisión.

Como se señala al inicio de este trabajo, en estos casos también se podría hablar de una cacotanía o la mal llamada eutanasia involuntaria, que consistiría en acelerar deliberadamente la muerte de un enfermo sin que medie expresa voluntad por su parte.

Descartamos en todo caso una hipótesis eutanásica, puesto que, como ya hemos señalado, la eutanasia requiere petición expresa del paciente.

e) Hipótesis planteada por Roxin: omisión del alivio del dolor en contra de la voluntad del paciente. Roxin agrega¹³⁷, caso que integramos bajo este epígrafe, la situación del médico que omite un tratamiento en contra de la voluntad del paciente. Él señala que también este comportamiento es por lo general una lesión corporal punible por omisión, pues la posición de garante del médico y de parientes cercanos (el deber de intervenir en el sentido del § 13 StGB¹³⁸) se extiende a ahorrarle al paciente

¹³⁵ Para un análisis sobre la imprudencia médica, su estructura y los problemas de imputación, véase: VARGAS, Tatiana, *La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17 (2010) 2, pp. 99-132.

¹³⁶ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, II: *Nociones y fundamentos de la teoría del delito* [visible en internet <http://www.slideshare.net/deunapágina/derecho-penal-tomo-ii-garrido-montt-mario>], p. 173.

¹³⁷ ROXIN, C., cit. (n. 25), pp. 4 ss.

¹³⁸ § 13: “*Comisión por omisión. (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produciera, y cuando la omisión corres-*

un sufrimiento innecesario; es más, también el no evitar o no disminuir el dolor es un maltrato (§ 223 StGB¹³⁹).

Añade Roxin que, faltando en el caso concreto el deber de garante, todavía entra en consideración una omisión del deber de socorro (§ 323 c StGB¹⁴⁰).

De este análisis, lógico es asumir que, de derivarse la muerte del paciente por la omisión del tratamiento, responderá el médico a título de homicidio por omisión de igual forma de que actúe mediante acción en contra de la voluntad del paciente, provocándole la muerte.

Discordamos eso sí con Roxin, en el sentido de que jamás podrá faltar la posición de garante por parte del médico, puesto que, en caso de no existir un contrato que sirva de fundamento para la posición de garante, ésta será reemplazada por el denominado doctrinalmente como principio de asunción, tanto en cuanto el médico asume en el caso concreto y en los hechos, una posición de garante que luego incumple¹⁴¹, ergo no sancionable por la figura de la omisión de socorro.

IV. CONCLUSIONES

Sobre un criterio eminentemente científico-médico, sin perjuicio de su desarrollo crítico a nivel dogmático-penal, limitamos el concepto de eutanasia, entendiendo por tal aquella actuación u omisión médica que provoca

ponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1”.

¹³⁹ § 223: “*Lesión corporal. (1) Quien inflaja a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa. (2) la tentativa es punible*”.

¹⁴⁰ § 323 c: “*Omisión del deber de prestar ayuda. Quien en casos de accidentes o de peligro público o necesidad no preste ayuda, pese a que es requerida, y le es exigible de acuerdo con las circunstancias, en especial cuando es exigible sin considerable peligro propio y sin lesión de otras obligaciones importantes, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa*”.

¹⁴¹ Cuestión que ya hemos tratado en LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial, crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin*, en *Revista Actualidad Jurídica*, 25 (2012) 13, pp. 439-450, pues, para encontrarnos ante esta especial fuente “en los hechos debió tomar su lugar de supervigilante de un determinado bien jurídico, necesario para no confundir el incumplimiento de una relación netamente contractual con la eventual omisión sancionable penalmente”. En el mismo sentido: CURY, Enrique. *Derecho penal. Parte general* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, p. 297. Asimismo, MAYER, L., cit. (n. 117), p. 388: “[e]l bañero está en posición de garante, aunque su contrato sea nulo, si de hecho asumió la custodia de la playa; a la inversa, no ocupa una situación de garantía, no obstante ser válido el contrato, si no se hizo cargo del puesto efectivamente”.

la muerte del paciente mediante actos directos, a petición expresa y reiterada en el tiempo de quien padece una enfermedad incurable y dolores severos.

De acuerdo a este concepto, señalamos que no constituyen eutanasia la denominada LET o limitación del esfuerzo terapéutico, pues esta última no implica una acción destinada a provocar la muerte del paciente o acelerar su avenida, sino más bien, la cesación de uno o más tratamientos que trae como consecuencia la muerte natural del paciente que se encuentra en estado terminal, y por tanto atípica.

Tampoco constituyen hipótesis eutanásicas las figuras de auxilio al suicidio, la cooperación ejecutiva al suicidio y el suicidio asistido, principalmente porque ellas carecen de las exigencias que las distinguen de la eutanasia. Así, no es necesario que éstas las lleve a cabo un facultativo, ni tampoco exige el estado o condición de sufrimiento y enfermedad que caracteriza a la eutanasia, pero esencialmente debido a que aquella –la eutanasia– requiere la intervención de un tercero, quien domina el curso causal, a diferencia de estas tres hipótesis, en que el suicida es quien ejecuta finalmente la conducta matadora.

También, y de manera complementaria al estudio de la eutanasia, revisamos y analizamos a la luz de la historia fidedigna de la Ley N° 20.584, los conceptos de salud terminal, de las medidas de soporte ordinarias y extraordinarias, la de ensañamiento terapéutico y prolongación artificial de la vida, los cuidados paliativos y finalmente el concepto y momento de la muerte.

Finalmente, analizamos cada uno de los principios consagrados en la nueva normativa para, a partir de aquellos, revisar la punibilidad de distintas conductas que limitan con hipótesis eutanásicas. Para ello, expusimos cinco hipótesis que a nuestro parecer envuelven de mejor manera las limitaciones que tienen los pacientes al rechazo de tratamiento médico, concluyendo que:

El rechazo a todo tratamiento médico por parte del paciente informado, que acarreé la muerte de éste, es inimputable al médico, aun cuando éste esté en conocimiento de un *animus necandi* por parte del paciente. Ello se explica, debido a que el riesgo que asume el paciente no escapa de su ámbito de resguardo.

Señalamos además que, estaremos frente a la figura de una eutanasia en su modalidad omisiva, si el retiro de tratamiento se realiza en infracción de ley, en caso de que el paciente y el médico acuerden hacer retiro de una medida de soporte ordinaria o esencial, bajo la apariencia de retiro de una medida extraordinaria, pues lo que no permite el legislador, de acuerdo a la Historia Fidedigna de la norma, es el retiro de soportes básicos como el agua, el alimento, entre otros.

En una siguiente hipótesis, concluimos que incluso si el facultativo, frente a un retiro de tratamiento querido por el paciente, desea que se produzca la

muerte, no le será imputable, a menos que el paciente no haya manifestado su voluntad de manera libre y esencialmente informada. En este último caso, el médico estaría faltando a la *lex artis*, respondiendo al desenlace fatal por la figura de homicidio culposo en razón de su negligencia, al no suministrar la información completa y fidedigna que exige la ley.

Finalmente, analizamos la hipótesis de Roxin, de acuerdo a la cual es punible la omisión del alivio del dolor en contra de la voluntad del paciente, pues el médico se encuentra en una posición de garante respecto del paciente, y por tanto debe proveer de todos los medios para aliviar su dolor y evitar posibles resultados perniciosos para el paciente.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, Mercedes. *La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, en *Revista Penal* 21/2008 [visible en internet: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/339/330>]

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco* (traducción de Salvador Rus Rufino y Joaquín E. Meabe, Madrid, Editorial Tecnos, 2009)

AUSIN, José y PEÑA, Lorenzo. *Derecho a la Vida y Eutanasia: ¿Acortar la vida o acortar la muerte?*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15 (1998) [visible en internet: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/10003/1/eutanasia.pdf>]

BATÍZ, Jacinto y LONCAN, Pilar. *Problemas éticos al final de la vida* [visible en internet: <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/t86.pdf>].

BULLEMORE, Vivian. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial* (2^a edición, Santiago, LexisNexis, 2007)

BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (2^o edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1991)

BUSTOS, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte Especial* (2^o edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), III.

CASAS, María de la Luz. *Sedación terminal, Eutanasia y Bioética*, en *Revista Cubana de Medicina* 44 (2005) [visible en internet: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0034-75232005000500013&script=sci_arttext].

CLAVÉ, Eduardo. *Problemas éticos en la fase final de la vida* [visible en internet: <http://www.paliativossinfronteras.com/upload/publica/libros/familia-en-la-terminalidad/13-PROBLEMAS-ETICOS-EN-EL-FINAL-DE-LA-VIDA-%20CLAVE.pdf>]

COLEGIO MÉDICO DE CHILE A.G. *Código de Ética 2011* [visible en internet: http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/120111codigo_de_etica.pdf]

COMITÉ DE ÉTICA DE LA SECPAL. *Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos* [visible en internet: http://www.sociedadandaluzadebioetica.es/docs/Eutanasia_SECPAL.pdf].

CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley 19.451* [visible en internet: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30818>]

CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II.

DE SIMONE, Gustavo. *El final de la vida: situaciones clínicas y cuestionamientos éticos*, en *Acta Bioethica* 6 (2000) 1 [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&cpid=S1726-569X2000000100004].

JOSEP PORTA et al, *Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos*, en *Revista Medicina Paliativa*, 9 (2002) 1, pp. 37-40.

Decreto con Fuerza de Ley N° 725. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 31 de Enero de 1968.

DU SAULLE, Legrand, BERRYER, Georges y POUCHET, Gabriel. *Tratado de Medicina Legal*. Obra premiada por el Instituto de Francia (traducido, anotado y aumentado por Teodoro Yáñez y Carlos Núñez, 2^o Edición, Madrid, Librería de Hernando y Compañía, 1898).

DWORKIN, Ronald, *El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Barcelona, Editorial Ariel, 1998).

FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i Comentarios del Código Penal chileno* (Lima, Perú, Imp. Comercial, Calle Huallaga N. 139, 1883), III.

GAFO FERNÁNDEZ, Javier, *La eutanasia y la ética del buen morir*, en *Revista Médica Uruguay* 6(1990), pp. 95-102.

GAMBRA, José Miguel, *La noción clásica de dignidad y los derechos humanos* [visible en internet: <http://www.fundacioneliasdetejada.org/Documentacion/Anales/PDF%20ANALES%2016/ANA16-P-031-053.pdf>]

GAMBRA, Rafael, *Las raíces eternas de la libertad* [visible en internet: <http://www.fundacionspeiro.org/pdf/actas/RACC1987.pdf>]

GARCÍA, Nicolás, *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*, en *Revista Penal*, 11 (2003), pp. 15-30.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial* (4^o Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, PG, Tomo II, Nociones y Fundamentos de la Teoría del Delito* [visible en internet <http://www.slideshare.net/deunapagina/derecho-penal-tomo-ii-garrido-montt-mario>].

GOIC, Alejandro, *Apuntes sobre la eutanasia* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872005000300014&script=sci_arttext] p. 374.

GRISOLÍA, Francisco, BUSTOS, Juan y POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el Individuo en sus condiciones físicas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971).

GRUPO DE ESTUDIOS DE ÉTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD MEDICA DE SANTIAGO, *Sobre las acciones médicas proporcionadas y el uso de métodos extraordinarios de tratamiento* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872003000600015&script=sci_arttext]

GUTIÉRREZ, Javier, *Eutanasia activa en pacientes terminales* [visible en internet: <http://www.redalyc.org/pdf/283/28328308.pdf>] p. 159.

Historia Fidedigna de la Ley N° 20.584 [visible en internet: <http://www.leychile.cl/Navgar?idNorma=1039348&buscar=20584>]

INSTITUT BORJA DE BIOETICA DE LA UNIVERSITAT RAMON LLULL, *Hacia una posible despenalización de la eutanasia: Declaración del Institut Borja de Bioética* [visible en internet: http://raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/view/259534]

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Eutanasia y Homicidio por Piedad. En su: Libertad de Amar y Derecho a Morir* (7° edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984).

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Posiciones de garante en la dogmática penal: en especial, crítica al principio de injerencia a la luz de la teoría de imputación objetiva de Roxin*, en *Revista Actualidad Jurídica* 25 (2012) Año XIII, pp. 439-450.

Ley sobre “protección de la vida privada”. Ley N° 19.628. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de Agosto de 1999.

Ley que “regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud”. Ley N° 18.469. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de Noviembre de 1985.

Ley que “crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de salud, de 1981”. Ley N° 18.933. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de Marzo de 1990.

Ley que “establece un Régimen de Garantías de Salud”. Ley N° 19.966. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 3 de Septiembre de 2004.

LORDA, Simón, BARRIO, Inés, ALARCOS, Francisco, BARBERO, Javier, COUCEIROD, Azucena y HERNANDO, Pablo, *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras* [visible en internet: <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>].

MASIA, J., *Dignidad humana y situaciones terminales* [visible en internet: <http://scielo.isciii.es/pdf/asisna/v30s3/original3.pdf>].

MAYER, Laura, *Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000200009&script=sci_arttext&tlng=en]

Mensaje N° 038-344 de S.E. El Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley: “Sobre los derechos y deberes de las personas en salud”. Fecha de ingreso: 12 de Junio de 2001. N° de Boletín 2727-11.

MIRANDA, Alejandro, *El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 3 [visible en internet: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art05.pdf>]

MORENO, J.M., ALVAREZ, J., WANDEN-BERGHE, C., LOZANO, M. y GRUPO DE ÉTICA DE LA SEMPE, *Glosario de términos y expresiones frecuentes de bioética en la práctica de la nutrición clínica* [visible en internet: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0212-16112010000400004&script=sci_arttext].

NOMBELA, César *et al.*, La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica [visible en internet: http://www.defensamuertenatural.org/wpcontent/documentos/La_Eutanasia_perspectiva_etica_juridica_y_medica.pdf]

NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial-ConoSur, 1985), I.

NUÑEZ Paz, Miguel Ángel. *La Eutanasia en el contexto internacional*. La Buena Muerte. El derecho a morir con dignidad (Madrid, Tecnos, 2006).

OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, *El derecho a rechazar tratamientos médicos ¿un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, Ediciones Universidad del Desarrollo (2013).

PAULING, Linus *et al.*, *A Plea for Beneficent Euthanasia* [visible en internet: <http://www.worldrtd.net/news/plea-beneficent-euthanasia>]

PÉREZ, José Luis, *Eutanasia vs cuidados paliativos* [visible en internet: <http://www.muertedigna.org/textos/euta75.htm>]

RECUERO, José Ramón, *Eutanasia: Los principios*. En su: *La Eutanasia en la encrucijada. El sentido de la vida y de la muerte* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2004).

ROXIN, Claus, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*. En su: *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal* (Granada, COMARES, 2001).

ROXIN, Claus, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Julio 1999, número 01-10) [visible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html]

SANZ RUBIALES, Álvaro et al., *Decisiones clínicas sobre el mantenimiento de medidas de soporte y la sedación en el cáncer terminal*. Servicio de Oncología, Servicio de Urgencias y Unidad de Cuidados Paliativos del Hospital Universitario de Valladolid [visible en internet: http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/paliativos/Sedacion_y_medidas_de_soporte.pdf]

SANZ, Jaime, *Final de la vida: ¿Puede ser confortable?* [visible en internet: <http://www.eutanasia.ws/hereroteca/finalconfortable.pdf>]

SERVICIO DE ONCOLOGÍA Y UNIDAD DE CUIDADOS PALIATIVOS. HOSPITAL CLÍNICO UNIVERSITARIO DE VALLADOLID, *Actitudes ante el final de la vida en los profesionales de la sanidad* [visible en internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2027905>]

SERRANO, José Luis, *La eutanasia. Cuadernos de Bioética*, ISSN 1132-1989, 8 (1997) 31.

SUPERINTENDENCIA DE SALUD, *Registro de prestadores acreditados* [visible en internet: <http://www.supersalud.gob.cl/acreditacion/567/w3-article-6681.html>]

SUPERINTENDENCIA DE SALUD, *Registro Nacional y Regional de Prestadores Individuales de Salud* [visible en internet: <http://webhosting.superdesalud.gob.cl/bases/prestadoresindividuales.nsf/WebRegistro.xsp>]

SZCZARANSKI, FEDERICO, *Sobre el estatus deóntico de la Eutanasia* [visible en internet: <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=326&cidautor=97>].

THOMAS, Hans, *Eutanasia: ¿Son igualmente legítimas la acción y la omisión?* [visible en internet: <http://www.acbioetica.org/revistas/2001/1/44/1.pdf>]

VARGAS, Tatiana, *La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (2010) 2, pp. 99-132.

VELÁZQUEZ, Oscar, *Aspectos éticos de la fase terminal* [visible en internet: <http://www.iatreia.udea.edu.co/index.php/iatreia/article/view/3519/3281>]

ZÚÑIGA, Alejandra, *Derechos del paciente y eutanasia en Chile* [visible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000200005&script=sci_arttext].