



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO – ESCUELA DE GRADUADOS

DERECHO A MORIR TRATAMIENTO JURIDICO PENAL DE LA
EUTANASIA EN LA LEGISLACION CHILENA Y COMPARADA

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

Autor: Alberto Ortega Jirón
Directora: Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago – Chile
2008

Resumen:

La presente tesis tiene por objeto efectuar un examen crítico sobre la aplicación de la eutanasia a pacientes y enfermos terminales en el sistema médico nacional, comenzando para ello con una delimitación conceptual e histórica del fenómeno previo al estudio en profundidad de los aspectos penales involucrados en la práctica. Se realiza para estos fines, un análisis de la ponderación del bien jurídico vida frente a pretensiones de su disponibilidad por parte del titular del mismo; el valor del consentimiento en tales casos y comentarios referentes a figuras asociadas: como el suicidio; la renuncia a la vida y el homicidio a ruego, que surgen de situaciones tales como la huelga de hambre, posturas religiosas extremas o de requerimientos de enfermos terminales. En definitiva se desentrañará la situación jurídico penal del médico frente a éstos fenómenos, efectuándose para ello una descripción detallada de entorno normativo y jurisprudencial, que delimita su accionar en general.-

INDICE

	Página
Resumen.....	2
Indice.....	3
Abreviaturas.....	7
Introducción.....	8
PRIMERA PARTE: MARCO CONCEPTUAL POLITICO CRIMINAL Y DOGMATICO.....	12
1.- Capitulo Primero Concepto, Evolución y Clasificaciones.....	12
1.1 El concepto de Eutanasia.....	12
1.2 Breve análisis histórico.....	23
1.3 Clasificaciones de la eutanasia y su pertinencia en el sistema chileno - Generalidades:	34
1.3.1 Primera Clasificación: Eutanasia Pura.....	37
1.3.2 Segunda Clasificación La Eutanasia Indirecta.....	42
1.3.3 Tercera Clasificación La Eutanasia Pasiva.....	49
1.3.4 Cuarta Clasificación: La Eutanasia Activa	60
2.- Capitulo Segundo: La disponibilidad del fenómeno de la vida desde el derecho y la doctrina nacional	66
2.1.- Los límites fenomenológicos del Bien Jurídico Vida.	70
2.2- El derecho a morir en el sistema jurídico nacional (desde la perspectiva jurisprudencial)	74
2.2.1.- Disponibilidad de la vida en los casos de huelgas de hambre.....	78

2.2.2 El caso de los Testigos de Jehová en Chile.....	82
2. 3.- La colisión de los valores y bienes jurídicos desde la perspectiva legal y constitucional especialmente desde el argumento de la dignidad de la vida.....	86
3.- Capítulo Tercero: El tratamiento en el Derecho Comparado y los casos emblemáticos.....	
3.1 Tratamiento Legislativo.....	100
3.2 El Tratamiento Jurisprudencial.....	114
3.2.1 Casos de Eutanasia activa	114
3.2.2 Casos de Eutanasia Pasiva	123
SEGUNDA PARTE: LA ACTUACIÓN DEL MÉDICO ANTE LAS EUTANASIAS EN EL SISTEMA CHILENO.	
4.- Capítulo Cuarto: Legislación, normativa y doctrina chilena frente a la actuación del médico	129
4.1 Generalidades.....	129
4.2 Breve análisis de disposiciones atinentes del sistema normativo chileno	136
4.2.1 La Constitución Política de la República.....	136
4.2.2- El Código Penal.....	142
4.2.3 El código Sanitario.....	144
4.2.4- Normas del sistema de salud	144
4.2.5- Código de Ética.....	145
4.2.6 Textos Internacionales.....	147

5.- Capítulo Quinto: La Responsabilidad penal del médico	
frente a las eutanasias en Chile	152
5.1 La eutanasia pura y cuidados paliativos en el sistema nacional	152
5.2 La Eutanasia Indirecta.....	159
5.3 La Eutanasia Pasiva.....	165
5.4 La Eutanasia Activa	178
5.4.1 Como colaboración al suicidio.....	179
5.4.2 La eutanasia como homicidio a ruego.....	182
5.4.3 La eutanasia activa en su calidad de homicidio.....	184

TERCERA PARTE: PROYECTOS DE EUTANASIA ACTIVA

Y FIGURAS RELACIONADAS EN CHILE, DESDE LA

PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.-	191
--	-----

6.- Capítulo Sexto: Propuestas Normativas Chilenas para la Eutanasia.....	191
6.1 Anteproyecto de Código Penal (del foro penal)	191
6.1.1 El Homicidio a Ruego	194
6.1.2 El Auxilio al Suicidio	196
6.2 Las propuestas legislativas relacionadas a la eutanasia	
y el derecho a muerte digna.-	197
6.2.1 La tramitación del proyecto sobre los llamados	
derechos del paciente	197
6.2.2 La propuesta del senador Nelson Avila	201
6.2.3 proyecto de los diputados Fulvio Rossi y	
Juan Bustos del año 2006 que establece regulación legal de la eutanasia..	205
6.2.4 la propuesta del senador Guido Guirardi del año 2006.....	208

6.2.5 La propuesta de reforma constitucional relativo al derecho a la vida, destinado a garantizar que nadie podrá ser privado de la misma.-	210
6.2.6 la propuesta de los honorables Senadores señores Girardi, Gómez, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide, “Sobre Derecho de los Pacientes”.	211
6.2.7 Propuesta de la Presidenta de la Republica sobre proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.	212
6.3 El Tribunal Constitucional - Análisis critico desde la interpretación constitucional y visión de los autores nacionales sobre la figura y los proyectos.....	221
TOMA DE POSTURA Y ANÁLISIS CRITICO.....	233
Propuesta final y Conclusión	239
BIBLIOGRAFIA	246
ANEXO N° 1 (legislaciones comparadas)	258
ANEXO N° 2 (jurisprudencias comparadas)	264

Abreviaturas

Art. : Artículo

AUGE: Acceso Universal con Garantías Explicitas (Sistema de Salud)

B.C.N.: Biblioteca del Congreso Nacional

C.A.: Corte de Apelaciones

C. de E.: Código de Ética (Colegio Médico)

C.P. : Código Penal

C.P.R. : Constitución Política de la Republica (1980)

C.S. : Corte Suprema

D.V.A.: Documento de Voluntad Anticipada

Ed.: Edición

EE.UU o E.U.A.: Estados Unidos de Norteamérica

F. de M. Fallos del Mes

G.J. : Gaceta Jurídica

Ob. Cit: Obra citada

Pag. : Página

P.E.: Parte Especial

P.G.: Parte General

R.A.E.: Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua

R.D.J.: Revista de derecho y Jurisprudencia

T.C.: Tribunal Constitucional

INTRODUCCION

El análisis de la figura de la eutanasia (o de las eutanasias) será siempre relevante por constituir un tema de permanente controversia lo que, por cierto, nos permite sostener que no presenciaremos una resolución definitiva sobre dicha problemática en nuestro país en esta década o en la siguiente. No obstante lo dicho, establecer con claridad el escenario jurídico y las aristas dogmáticas y legales en que el debate se lleva a efecto, en especial el relativo a la práctica médica y la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, no será bajo ningún respecto un tema secundario, en que se llegue a acusar de una recurrencia innecesaria o sobre asistida. Por tanto, la presente tesis busca analizar en el actual momento histórico, el modo como las instituciones jurídicas asumen la labor del médico ante el fenómeno eutanásico y desde ese plano indagar sobre si la actual normativa o las pretensiones del legislador, se encuentran apoyadas o alejadas de la realidad social.-

La metodología o línea analítica es bastante sencilla, desde la distinción teórica que propone la existencia de cuatro modalidades de la eutanasia, a saber: Pura; Indirecta; Pasiva y Directa - podremos revisar en un primer momento, algunos tópicos de dogmática penal general y en un segundo instante, analizar la adecuación penal de cada variante en la realidad médica chilena. Se han dedicado también, párrafos al análisis de generalidades históricas y del actual entorno jurídico mundial, en el interés de graficar que la evolución al tratamiento de la

muerte y como el movimiento doctrinario y legislativo americano y europeo inexorablemente influyen e influenciarán el modelo punitivo en el ámbito local.-

Se hace necesario, además, efectuar un análisis del ordenamiento jurídico, inclusive constitucional chileno, a fin de determinar cuál es, en forma efectiva, la situación fáctica de las figuras de la eutanasia en nuestro país y las consecuencias penales (de atipicidad o de sanción) previsibles, dilucidando de paso con absoluta neutralidad, qué parámetros de interpretación son aptos para determinar si algún precepto legal, reglamentario o principio constitucional, descarta de inicio la aplicación de las figuras eutanásicas en Chile y buscar en los tales cuerpos reglamentarios y legales, públicos y privados, visos sobre el tratamiento normativo con que el segmento profesional de los médicos practica su ciencia y arte frente al ser humano moribundo. Asimismo, hemos de considerar, la jurisprudencia tanto de las Cortes Superiores de Justicia y del Tribunal Constitucional, a fin de establecer hasta donde sea posible, la existencia de un criterio o doctrina base que de cuenta del modelo a que debemos atenernos.-

Asimismo, como se advierte esta tesis no tiene un tinte “imparcial” sobre los temas, pues, es evidente que nos asiste una inclinación por la conveniencia de legislar favorablemente sobre la materia, esto es, permitir que la muerte sea provocada en ciertos casos a enfermos terminales por razones de dignidad, ya sea en el entorno del sistema médico o ciudadano.

Paso a paso, como hemos relatado, analizaremos esta realidad, comenzando desde el comportamiento del sistema jurídico mundial – proclive desde siempre a ir desatando los nudos que el pensamiento escolástico nos heredó en las encíclicas y código de Europa y América Latina y por otra parte, en el análisis que se inicia, será posible constatar una cierta adscripción tanto en lo jurisprudencial y en el medio doctrinario nacional, hacia nociones tradicionales, las que miran el cúmulo de pensamiento innovativo como piezas extrañas, aisladas o exóticas propias del sistema europeo. Por ello, es que en cada asunto se hará necesario rescatar estas nuevas posturas (que nos permitirá una mirada global), en temas tales como; el análisis histórico de la eutanasia; el rol de la voluntad y en consentimiento en el fenómeno de la disponibilidad de la vida o la colisión de derechos constitucionales involucrados con el de respeto a la vida, en general.-

En cambio desde el capítulo cuarto he preferido abordar el análisis de la temática desde la perspectiva del sistema nacional; su normativa y en especial, considerando los tópicos y singularidades que se presentan en cada una de las clasificaciones eutanasicas con respecto al actuar del médico, anotando las soluciones que nuestra legislación y la doctrina otorga a cada una de las variables – advirtiendo - que en ciertos casos no habrá solución pacífica, especialmente en los patrones de interpretación del actuar del médico en el esquema de los elementos configurantes del delito como concepto jurídico.-

Finalmente, es menester aclarar que en el desarrollo de la temática no habrá modo de evitar o no aludir a ciertos aspectos extra jurídicos, pues como se ha señalado, estos antecedentes son, en definitiva, la raíz o fuente material que explica el surgimiento de ese derecho y que si bien son materia de estudio de la antropología y sociología propiamente, también explican el por qué el derecho es lo que es y lo que no puede llegar a justificar.-

Rancagua mayo de 2007

PRIMERA PARTE: EL MARCO CONCEPTUAL – POLITICO CRIMINAL Y DOGMATICO

1.- Capitulo Primero: Concepto, Evolución y Clasificaciones

1.1 El Concepto de Eutanasia

La Eutanasia por esencia será materia de un debate permanente y como en toda discusión que se merezca, existe en primer término la obligación a delimitar claramente el ámbito de lo debatido, esto es, centrar el análisis en conceptos inequívocos que permitan un encuadre adecuado de la ruta a seguir. Por ello se debe partir desde la propia definición básica de la palabra Eutanasia; término proveniente de la terminología griega *eu*, buena y de *thanatos*; muerte. La discusión jurídica y a veces moral o valórica si se quiere, sobre la eutanasia, obedece en buen grado a que el concepto presenta una fuerte carga emotiva que se asoma incluso en su etimología referida al sustantivo “muerte” y al que se agrega el adjetivo de “buena”. En la necesidad de fundamentar de mejor modo un proyecto de Ley relativo a la regulación legal de la eutanasia en Chile, el penalista y diputado de la República, Juan Bustos, toma como punto de partida la definición de la Real Academia de la Lengua, la cual textualmente indica: “muerte sin sufrimiento físico y, en sentido estricto, la que así se provoca sin sufrimiento”.¹ Por ello insiste Bustos

¹ BUSTOS Juan; “*Proyecto de Ley que Establece Regulación Legal de la Eutanasia*”; Boletín 4201-11 Biblioteca del Congreso Nacional. pag. 1.-

en que etimológicamente la eutanasia en rigor comprende el “buen Morir” la “muerte feliz”, la “agonía buena y dulce” entre otras acepciones.²

La doctrina nacional también recurre a Roxin, quien plantea que: “por eutanasia se entiende 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 convicciones”.³

El problema en ocasiones con la eutanasia, puede que no sea puramente definicional aunque, bien ocurre que los desacuerdos terminológicos dificultan en este caso y entran el debate de fondo, por lo que, como asunto previo, es indispensable precisar los contornos del concepto, ya que es evidente que al teorizar sobre la muerte de otro, indefectiblemente pisaremos terreno que la normativa y la dogmática penal reservan al homicidio o a figuras adjuntas a la afeción del bien jurídico vida, como lo son el auxilio o colaboración al suicidio.⁴

² Eutanasia para Iglesias significa buena muerte, Pero en sentido mas propio y estricto es la que otro procura a una persona que padece de una enfermedad incurable y muy penosa y que tiende a trincar la agonía demasiado cruel y prolongada; IGLESIAS M. “**Aborto Eutanasia y Fecundación Artificial**”, DUX Ediciones S.A. Barcelona, 1958 pag 132. Definición compartida por JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, “**Libertad de Amar y Derecho a Morir**”; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, 7ª Edición. pag. 338.-

³ ROXIN Claus; “**Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**”, disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html, pag, 2.- (fecha de consulta marzo 2007)

⁴ Sobre la definición de Eutanasia dice Niño; “Al paso de los siglos este conciso sentido terminológico “Buena Muerte” se fue tornando mas y mas difuso, traduciéndose en “muerte rápida y sin tormentos” (Suetonio) “muerte digna, honesta y con gloria” (Cicerón) y hasta “bella muerte” (Quintano Ripolles) y “muerte misericordiosa o piadosa” (Bacon) y por nombrar solo algunos de los significados que se le prodigaron. Mas si el vocablo nos llega maltrecho, en virtud del abordaje mas o menos caprichoso de su base etimológica y – específicamente - del prefijo *eu*, los usos que del mismo se han ensayado conducen al observador a la perplejidad y otorgan razón a quienes como *Patrick Verspiere*n encuentran en el concepto de eutanasia un paradigma de la ambigüedad semántica” NIÑO, Luis Fernando; “**Eutanasia Morir Con Dignidad (Consecuencias Jurídico Penales)**”; Editorial Universidad, Buenos Aires 1994, pag. 84 - La Iglesia Católica dispone por su parte de una definición para la eutanasia otorgada por Sagrada Congregación Para La Doctrina de la Fe; en su declaración “Iura et Bona” “Por eutanasia se entiende una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar

Roxin plantea seguidamente que “se puede diferenciar eutanasia en sentido amplio y estricto, la eutanasia en sentido estricto existe cuando la ayuda es suministrada después de que el suceso mortal haya comenzado, por lo que la muerte esta próxima con o sin tal ayuda. En un sentido amplio puede hablarse también de eutanasia cuando alguien colabora a la muerte de una persona que, en realidad, podría vivir todavía por más tiempo, pero que quiere poner fin real o presuntamente - a una vida que le resulta insoportable por causa de una enfermedad”.⁵

En este contexto y para graficar lo fatigoso que resulta delimitar el concepto constataremos que no son pocos los autores que propenderán la asimilación del concepto de eutanasia con el concepto de homicidio o de eugenesia, e incluso del genocidio. Para ello nos basta leer algunas líneas de un texto de Juan de Dios Vial Correa, ex rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile, para quien: “La eutanasia no es un “acto médico” La medicina tiene por objeto el curar o aliviar... Para matar no se necesita un médico. Puede hacerlo cualquiera, un veterinario, un químico farmacéutico, un biólogo o cualquier otro tipo de personas no están menos calificados que un médico para quitar una vida.... En la eutanasia, el suicidio es sustituido por una forma compleja de homicidio....La eutanasia es una lacra social...La eutanasia desvaloriza la vida humana....La presentación de la eutanasia como una forma de libertad es una burla. Los moribundos necesitan cuidados, compañía, alivio. No necesitan para nada complicados procedimientos que los

cualquier dolor. La eutanasia se sitúa pues en el nivel de las intenciones o de los métodos usados” Documento en versión electrónica, disponible en

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_sp.html (fecha de consulta marzo de 2007)

⁵ ROXIN Claus; “*Tratamiento Jurídico*” ob. cit. pag 3

induzcan a morir...La legislación que permite la eutanasia no es una liberación, sino una forma cruel de presión moral sobre muchos enfermos...No fue por amor a la libertad que Hitler desencadenó una campaña masiva de eutanasia, dirigida de preferencia contra enfermos mentales y niños pequeños. Estos no se hallaban en condiciones de pronunciarse libremente sobre su propia suerte, ni siquiera de eludir la acción de sus asesinos. El obispo Galen, defensor valeroso de la humanidad frente al nazismo, denunciaba esos crímenes diciendo que ellos “resultaban ...de la creencia de que es legítimo quitar aquellas vidas que no valen la pena de ser vividas”, y recordaba a Jesús llorando sobre Jerusalén ... Esa es la razón para las lágrimas de Jesús, las lágrimas de Dios... Lágrimas sobre el atropello, sobre la injusticia y el rechazo del hombre...”^{6 7}

Para lo futuro de esta tesis se hace evidente la necesidad de precisar el significado de la figura en estudio, a objeto de centrar, como es la pretensión anunciada en el titulo de este texto, la relación del médico y su paciente en la circunstancia de una enfermedad terminal de este último.- A este fin nos conducirá el análisis breve, pero certero, de algunos elementos integrantes del concepto de eutanasia, ya levemente esbozados. Para este objetivo debemos considerar:

- 1.- la modalidad de la conducta;
- 2.- el consentimiento del sujeto;
- 3.- móviles y circunstancias en que se produce la muerte

⁶ VIAL CORREA, Juan; *“Eutanasia y Medicina”*; de Revista Ars Medica, disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica12/IndiceArMedica12.html> (fecha de consulta marzo de 2007)

⁷ Marciano Vidal dice al respecto; “Uno de los problemas que tiene la ética del morir, es el empleo de un término de eutanasia que significa algo muy distinto de lo que indica la etimología.. el termino eutanasia conlleva una notable carga de ambigüedad. Ambigüedad que permite entender bajo el mismo concepto cosas distintas y hasta contrarias y al mismo tiempo da lugar a actividades y usos contrapuestos” VIDAL Marciano, *“Eutanasia Un Reto a la Conciencia”* Editorial San Pablo, Madrid, 1994, pag 74

En este esquema seguiremos las reflexiones la de la catedrática española Marina Gascón,⁸ para quien la modalidad de actuación u omisión (actividad o pasividad) no guarda en este punto (por ahora) relevancia, ya que provocar la muerte de un enfermo terminal o suprimir medidas que prolonguen artificialmente la vida de dicho enfermo, es en sentido general eutanasia, con independencia de consideraciones que serán tratadas en toda su profundidad en los capítulos siguientes. En segundo lugar el consentimiento del sujeto pasivo tampoco reviste en este plano un efecto diferenciador; así será eutanasia la actividad que se desarrolla a conciencia y ruego de un enfermo ya sea para suspender el tratamiento o bien desencadenar el deceso de quien inconciente, no ha podido morir llegada las circunstancias. Lo dicho, nos lleva a considerar el tercer elemento; los móviles: el que reviste a nuestro juicio un sentido distintivo fundamental; así de plano y en función de la intencionalidad del sujeto que provoca la muerte (a través de la acción u omisión) es posible desechar desde ya las imprecisiones que algunos intentan introducir al debate, en función de la carga negativa que el termino les evoca, asimilándola al homicidio, asesinato (baste recordar que en Alemania, la sociedad y el sistema jurídico no usan actualmente el concepto de eutanasia solamente en razón de la carga emotiva que implica el hecho de que el Tercer Reich se apoderó del termino en la llamada “operación eutanasia” para ejecutar el asesinato de miles de seres humanos inocentes, alemanes incapacitados físicos y mentales como argumenta Vial).

⁸ GASCON Marina; “¿De Que Estamos Hablando Cuando Hablamos de Eutanasia?”; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 Nº 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003, pag. 6.-

De tal modo que, es en el plano de los móviles donde se hallará la nota distintiva de la figura, donde la muerte es otorgada a quien la recibe por su propio bien, es decir en consideración a él mismo, ya sea que se actúa a petición suya o sin su consentimiento, a través de una actuación, insisto en que la modalidad activa u omisiva es indiferente.- En resumen el concepto de “muerte buena” dice relación con los casos en que la intencionalidad que anima a un sujeto que provee de la muerte, es la conmiseración, la piedad, compasión o como pueda o quiera llamársele a un buen sentimiento .-

Podemos adelantar que el “matar a otro” del tipo penal de homicidio reclama en principio de móviles bajos o egoístas y que será la intencionalidad el argumento adecuado para darnos luces en la búsqueda de un criterio previo diferenciador entre ambas figuras. También es cierto que por ahora, es menester aclarar que la figura del homicidio a ruego y algunas modalidades de auxilio al suicidio pueden buenamente considerarse – en ocasiones - especies del género eutanasia (salvo, claro esta, que estos casos podremos válidamente distinguirlos si en el evento de un auxilio al suicidio la actuación de quien colabora es interesada o mal intencionada y no actúa por necesariamente por compasión).-

Sobre esto último y para los fines de separar aguas entre figuras entrelazadas por el hecho de que tanto los autores como ciertos fallos han confundido los conceptos de Eutanasia y Suicidio Asistido, he de compartir lo expuesto por la profesora Angela Vivanco, al señalar que: “si bien existen elementos comunes entre la eutanasia y ciertas formas de suicidio asistido, no son lo mismo. Esta segunda

conducta, consistente en “darse muerte uno mismo, con la activa participación de otro en tal acto, el cual lo asiste y/o facilita la terminación de la vida”, importa ciertas diferencias con la eutanasia. Se trata de una figura que consiste en darse muerte uno mismo, es decir, en que la misma persona que muere es la que tiene el control y la propiedad de la conducta; el tercero participa facilitando o cooperando a que la muerte se produzca, pero no causándola; y, por último, las causas que mueven a este a asistir al suicida pueden ser de naturaleza humanitaria –como en la eutanasia– porque el autor está gravemente enfermo o sufriendo, pero pueden existir otras muy diferentes, como un auxilio prestado a cambio de una retribución económica, o cumpliendo una orden de un superior o de una persona que tiene cierta ascendencia moral sobre este, etc. En consecuencia, así como el suicida puede tener muy diversas causas para querer quitarse la vida, asimismo, quien lo asiste puede tener otras tantas que lo llaman a hacerlo”.⁹

Estamos ciertos que provocar la muerte de otro requiere para la eutanasia de un móvil benigno, la consideración o compasión ante el sufrimiento ajeno. De este modo siguiendo el razonamiento empleado, la eutanasia no tiene que ver estrictamente con la muerte digna, si no que es fruto de la compasión ante quien ya no tiene una vida digna (ni esperanzas de que la vuelva a poseer). Luego, el paso siguiente es descifrar los elementos en que se asienta la dignidad o indignidad de la vida y allí surge una cuestión crucial en donde las voces partidarias incluso de la eutanasia discrepan arduamente, como también, analizaremos en los siguientes

⁹ VIVANCO MARTÍNEZ, Angela; “*La Eutanasia Ante el Derecho; Definición y Penalización de la Conducta Eutanasica*”; en Revista Ars Medica, Vol 12 Nº 12; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 2006 disponible en: escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica12/IndiceArMedica12.html-12k (fecha de consulta marzo 2007)

capítulos. La concepción de la dignidad como expongo, enraizada en la declaración constitucional de la sagrada igualdad en dignidad y derechos, nos lleva a plantear la cuestión de si, en el concepto de eutanasia que venimos delimitando se comprenden además los casos en que dejando de mano los presupuestos o concepciones moralistas o religiosas, una persona validamente pida o exija la eutanasia, no por que sea víctima de un proceso terminal de muerte, pues también podrían concurrir a la figura, aquellos casos de personas que sin una amenaza de muerte inminente viven una existencia dramática a menudo acompañada de graves padecimiento físicos o en casos en que el paciente ha perdido irreversiblemente la conciencia y es mantenido con vida con la ayuda de modernas técnicas de reanimación. La profesora Marina Gascón hace de advertencia en este punto que no basta que la vida sea indigna, sino que esa indignidad debe ser además irreversible.¹⁰

Luego, los supuestos en que el móvil de la compasión permite delimitar un actuar eutanásico pueden enumerarse del siguiente modo:

- 1.- En procesos terminales de muerte a menudo acompañados de graves padecimientos físicos
- 2.- Casos de existencia dramática, casi siempre acompañados de graves padecimientos síquicos y muchas veces también físicos (personas que no están muriendo pero que sufren de una enfermedad avanzada o una minusvalía grave o con niños nacidos con grandes deformidades y /o daño mental irreversible)
- 3.- Estados persistentes de vida vegetal (comas irreversibles)

¹⁰ GASCON M, ob. cit. 2003 pag.7.-

Por otra parte, y como un aspecto fundamental a aclarar para el desarrollo de esta tesis, es innegable que la agonía, la indignidad y los padecimientos que justifican el actuar eutanásico están vinculados indefectiblemente a las enfermedades y por ende a la asistencia médica, el fenómeno de la eutanasia se presentará por lo tanto, casi siempre como un acto directamente relacionado al trato que se dispensan a estos enfermos (en especial a los que están cerca del fin de sus días). Por ende, es el plano propio de la relación médico – paciente, donde generalmente se produce la práctica y el debate eutanásicos. Lo dicho no quiere decir que los eventos ajenos a ésta relación médico paciente no tengan trascendencia o relevancia dogmática o jurídica, como veremos, algunos casos emblemáticos se han desarrollado fuera del contexto médico.-

En resumen, una conclusión de lo expuesto hasta aquí, nos dice que en la eutanasia se comprenden “aquellas acciones u omisiones generalmente de carácter médico que provocan la muerte de otra persona en atención a ellas, por compasión y en miras a su bien, lo que tiene sentido en los casos en que la vida ha alcanzado tales niveles de indignidad de manera irreversible que la convierten en un mal”.¹¹

Otra definición, esta vez otorgada por la referida profesora Angela Vivanco, nos señala que la eutanasia es una conducta activa u omisiva; es voluntaria, es deliberada; busca expresamente poner termino a la vida del sujeto pasivo que es una persona distinta de la que actúa, las causas que motivan al autor son

¹¹ GASCON M, ob. cit. 2003 pag. 8.-

humanitarias, es decir actúa movido por la piedad y puede o no mediar en ello la solicitud de la víctima.¹²

Como se advierte entre ambas definiciones (Gascón y Vivanco) existen elementos en común: el análisis pormenorizado de los factores configurantes de la conducta, a saber, en el caso de la profesora Vivanco, la referencia al tipo de conducta (activa u omisiva); la naturaleza de la conducta (su finalidad); el ánimo del sujeto actuante y del sujeto destinatario; condición o situación de este último; la razón o causa de la conducta y el consentimiento necesario o no de la víctima.-

Pero como se adelantara, en la discusión sobre el concepto de la eutanasia, surgen las discrepancias extremas de quienes pretenden por una u otra razón mediante el uso del lenguaje y su virtualidad valórica ampliar o restringir la definición a ciertas conductas. Es así como no se comparte la conclusión de la profesora Vivanco en el sentido de señalar en su definición que: “No es eutanasia la acción medica que, buscando calmar un dolor insoportable a través, por ejemplo, del suministro de grandes dosis de opiáceos, produce un efecto no deseado, que es, el de la muerte del paciente”.¹³ Esta argumentación no es viable pues esta claro que basta la mera definición ya transcrita del diccionario de la RAE sobre la eutanasia: “muerte sin sufrimiento físico y, en sentido estricto, la que así se provoca sin sufrimiento” para

¹² VIVANCO MARTÍNEZ A. “La Eutanasia...” ob cit

¹³ VIVANCO MARTÍNEZ A. idem. Error conceptual en que también incurre la tesista Blanca Borquez Polloni, en su tesis “*Eutanasia consideraciones que se deben tener presente al momento de legislar*” Universidad Central, 2001, (para que exista eutanasia) “debe tratarse de una conducta destinada directa y eficazmente a causar de forma adelantada la muerte” pag. 17.- A diferencia de los tesisas Sandra Salfate y Víctor Vio, quienes en su obra conjunta “*La eutanasia en el derecho chileno y en el derecho comparado*” Universidad de Chile, 2001, limitan su objeto de estudio a la eutanasia directa voluntaria reconociendo no obstante la existencia de otras modalidades.-

desechar esa pretensión, que al parecer esta intencionada a restringir el concepto de eutanasia con una sola de sus variantes o modos de ejecución, la denominada “eutanasia activa”,¹⁴ de modo tal que, por ahora, no es conveniente incluir el tópico de que la conducta “busca expresamente poner termino a la vida del sujeto pasivo” pues no siempre es así, pues ocurre que el concepto de eutanasia es amplísimo, no obstante los elementos de definición expuestos hasta este punto. Como se detallará en los párrafos siguientes, la conducta de un médico que ocasiona la muerte de un paciente mediante la aplicación de medicamentos paliativos del dolor es eutanasia aunque el afán o intencionalidad del facultativo se rechace íntimamente el resultado mortal.

Luís Cousiño Mac Iver, citado por Jiménez de Asúa desde una obra de 1942 nos permite al igual de lo expuesto por Marina Gascón, arribar a una definición basada en un análisis de elementos neutros y para ello dice que: “de las numerosas definiciones que se han propuesto, podemos decir que son cinco los elementos que se comprenden dentro de su concepto: 1.- Que se trate de un enfermo incurable; 2.- Que padezca de crueles dolores; 3.- Que la muerte se dé a su propio pedido; de sus familiares o guardadores; 4) Que se haga a impulsos de un sentimiento

¹⁴ Dice Núñez Paz que: “..aunque se comprende la dificultad de establecer un concepto preciso de eutanasia, no parece convincente afirmar que deban excluirse las nociones de eutanasia pura - tradicionalmente llamada genuina..(praxis médica que provoca el alivio del dolor sin necesidad de acortamiento de la vida); “larvada” usualmente llamada indirecta (encaminada a mitigar el dolor con el consentimiento del paciente y con efectos secundarios anticipativos de la muerte próxima) y la ortotanasia (que deja morir por considerar irracional y desproporcionada la prolongación de la vida) titulada habitualmente “distanasia” - NUÑEZ PAZ Miguel Ángel, **“La Buena Muerte” El derecho a Morir con Dignidad**”; Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pag. 36

profundo de piedad y humanidad y 5) Que se procure una muerte exenta de sufrimientos”.¹⁵

Finalmente desde ya y para lo futuro, es necesario excluir los conceptos de eutanasia eugénica y económica consistentes en suprimir a todo ser biológicamente degenerado o socialmente inútil, por que sencillamente no guardan relación con los elementos fundantes del concepto neutro que hemos valorado para esta tesis.-

1.2 Breve Análisis Histórico

Luís Jiménez de Asúa cuenta que la historia de eutanasia es consustancial a la vida humana y citando al doctor Regnaut, señala que cuando el hombre tenía en su contra los elementos y las bestias feroces y en que la lucha por la vida era muy penosa, el ser primitivo sólo iba guiado por una moral utilitaria. Entonces no podía proteger a los seres inútiles ni procurarles alimentos “cuando el hombre era un lobo para el hombre cuando las familias y las tribus reñían combates sangrientos los vencidos pudieron considerar como un deber rematar, para evitarles torturas de un enemigo cruel a los heridos de su tribu que estaban demasiado graves para huir” asimismo agrega: “En la India antigua, los incurables eran conducidos por sus allegados al borde del Ganges; se les asfixiaba mas o menos completamente

¹⁵ COUSIÑO MAC IVER Luis “*Breve Curso de Medicina*” San Bernardo Chile, Talleres del Politecnico de Menores 1942, pag. 323 citado por Luís Jiménez de Asúa; “*Libertad de Amar y Derecho a Morir*”; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, 7ª Edición. Pag. 339.-

llenándoles las narices y la boca de barro y se les arrojaba en el río sagrado”.¹⁶ Aunque Del Vecchio citado por Carmen Juanatey estima que no esta tan claro que la muerte fuese para esos enfermos algo beneficioso, ni tampoco si se les obligaba a no morir.¹⁷

En el contexto de algunas culturas indígenas americanas, los moribundos eran expuestos al humo de un fuego lento lo que gradualmente causaba la perdida de conciencia y después la muerte.¹⁸ Es curioso como también se relata el hecho de que en algunas culturas indígenas latinoamericanas, la tribu disponía de un encargado de aliviar el dolor que se realizaba mediante el procedimiento de romper la espalda de los dolientes. Al hacer tal cosa, aliviaba el dolor y a la vez mataba al paciente, una vez rotas las vértebras el sujeto tendía al paciente sobre su espalda, hacía la señal de la cruz sobre el cuerpo y recitaba ciertas oraciones; después el cadáver se entregaba a las familias.¹⁹ Sobre este relato vuelvo al maestro Jiménez de Asúa quien citando a José Ingenieros comenta sobre la práctica que en Sudamérica ha sido frecuente de “despenar” entre los habitantes del campo.. “despenar es un deber de buen amigo y negarse a hacerlo se reputa como un acto

¹⁶ REGNAULT J. “*Assasinat médical ou supreme charité?*” En Revue, Ancienne Revue des Revues, del 15 de junio de 1906, T. LVI pags 471 y sgtes. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “*Libertad de Amar y Derecho a Morir*”; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, 7ª Edición. pag. 363

¹⁷ DEL VECCHIO G. “*Morte Benefica, (l'eutanasia) Sotto Gli Aspetti, Etico -Religioso, sociale e giuridico*”. Torino, 1928 pags. 28-239 citado por JUANATEY DORADO Carmen; “*Notas Históricas sobre el Suicidio y la Eutanasia*”; en Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 Nº 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003 pag 16.-

¹⁸ DRANE James; “*Eutanasia y Suicidio Asistido en Las Culturas Antigua y Contemporánea*”; en Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 Nº 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003 pag 24

¹⁹ GRACIA D. “*Historia de la Eutanasia*” en Gafo J., S.J. “*La Eutanasia y el Arte de Morir*”; Madrid, Universidad de Comillas, 1990 pags. 13 a 32 - citado por. DRANE J. ob cit. 2003. pag 24

deshonroso”. El habito de despenar común en la población rural sudamericana se había practicado siempre en los casos de heridas y accidentes graves, rara vez en casos de enfermedad crónica y se despenó siempre usando arma blanca”.²⁰

Un episodio bíblico también recogido por Luís Jiménez habla de la muerte de Saúl conforme a la versión del libro segundo de Samuel (cap. I 9 y 10): “Ya muerto Saúl llega un amalecita al campamento donde estaba David y anuncia que Saúl y su hijo Jonatan están muertos porque él estaba en el monte Gelboé y vio a Saúl rodeado de enemigos y le dijo al amalecita que lo matase y él lo mató y tomó su corona y brazalete y se los llevó a David. David y los que estaban con él se rasgaron las vestiduras y ayunaron por ellos. Y al amalecita que le llevo la noticia lo mando matar por haber matado a Saúl y entonó una lamentación”. Lo interesante de este pasaje, es que la muerte piadosa de Saúl ha sido considerada una de las primeras formulas de eutanasia y su correspondiente castigo para la argumentación religiosa; aunque existen voces que ven en ello un castigo de David al magnicidio, más que al acto de dar muerte por conmiseración al rey herido y vencido.-

Un argumento ya no religioso, si no más bien propio de la génesis profesional e histórico de rechazo a la muerte asistida por un médico, está en el hecho de que en Grecia, Hipócrates (S. V a de C.) en su juramento afirma que el médico no dará medicamento mortal por más que se lo soliciten. En el juramento Hipocrático, la

²⁰ INGENIEROS José, “*La Piedad Homicida*”, en Revista del Circulo Médico Argentino y Centro de Estudiantes de Medicina, Buenos Aires, año XI, 1911, N° 189 pags. 489-2495. Episodio citado por JIMÉNEZ DE ASÚA L. ob. cit. 1992 pag. 366 y citado además por Iglesias M. “*Aborto, Eutanasia ..*” ob. cit. pag 197-198

santidad de la persona y el verdadero bienestar del paciente es central. Reconoció, sin embargo, que se podría violar fácilmente esta ética ya que los médicos, no tienen sólo el poder para curar sino también para matar. Por esta razón, se afirma tradicionalmente, que hizo que los médicos juraran que nunca usarían su conocimiento y experimentarían para matar, e incluso ante la propia demanda de un paciente.²¹ El juramento permitió a la medicina proteger al paciente vulnerable.²² Pitágoras y los miembros de su famosa escuela censuraban el adelantamiento del final de la vida pues argumentaban que cada vida tiene una extensión que debe ser respetada.²³

En cambio, Platón, (427-337 a.C.) en su obra La República dice que: "Se dejará morir a quienes no sean sanos de cuerpo". Pues su argumento era que los ciudadanos habían de estar sanos y en que los que necesitaban ayuda médica en forma permanente, sencillamente no debían ser tratados.- Los enfermos crónicos eran incapaces de contribuir a su propio desarrollo como al del Estado.²⁴

²¹ Hipócrates (460-370 a.C.), se manifiesta en su mítico juramento: "Juro por Apolo, el médico, por Esculapio, Hygea y Panacea y por todos los dioses y diosas a quienes pongo por testigo, de la observancia del siguiente juramento que me obligo a cumplir con toda mi fuerza y voluntad....No accederé a pretensiones que se dirijan a la administración de venenos ni induciré a nadie sugerencias de tal especie. Me abstendré igualmente de aplicar a las mujeres presarios abortivos y no ejecutaré la talla dejando tal operación a los que se dedican a practicarla". Disponible en: http://200.9.73.224/Sites/Intranet/UFT/Site/MEDICINA/OptionMenu/Med_Juramento.asp (fecha de consulta agosto de 2007); sin embargo al decir de Núñez Paz: "Esta cláusula del juramento ha sido tradicionalmente interpretada como una condena a los supuestos de eutanasia, si bien en multiplicidad de ocasiones se discute su verdadero significado, ya que no se puede asegurar que una traducción exacta de los textos donde aparece este pueda conducir a una aseveración tajante en uno u otro sentido"; NUÑEZ PAZ, "**La Buena Muerte**" ob. cit. 2006, pag. 36

²² HIPOCRATES, "**Antigua Medicina**" según Carrick P. "**Medical Ethics in Antiquity**", Dordrecht: D..Reidel, 1985, pag 136; citados por DRANE J. ob cit. 2003. pag 24

²³ PITAGORAS según Carrick P. "**Medical Ethics in Antiquity**", Dordrecht: D..Reidel, 1985, pag 136; citados por DRANE J. ob cit. 2003. pag 24

²⁴ PLATON "**La Republica**".- "Por consiguiente establecerás en nuestra república una jurisprudencia y una medicina tales cuales acabamos de decir, que se limitaran al cuidado de que han recibido de la naturaleza un cuerpo sano y un alma

Por su parte Aristóteles, se oponía a la privación de la vida aun cuando una persona sufría de una enfermedad incurable .. Estimaba un deber del Estado conservar su vida como la del propio enfermo.. Morir valientemente significaba no ceder ante la muerte; la virtud se comprobaban en el sufrimiento y la conducta valiente de cada ciudadano constituía un ejemplo para otros... Aunque dicho sea de paso, era partidario del infanticidio “En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso”.²⁵

En definitiva sabemos que la regulación de la muerte voluntaria en la Grecia Clásica, habría sido una conducta legítima, (por tanto no penada) siempre y cuando fuese previamente autorizada por un órgano estatal. Así de acuerdo con Durkheim, si antes de herirse, el suicida pedía autorización a determinados órganos haciendo valer las razones por lo que la vida le resultaba intolerable y su demanda era atendida favorablemente, el suicidio se consideraba un acto legítimo; aunque no existe consenso sobre que esta teoría pudiese aplicarse a toda la Grecia Antigua.²⁶

27

hermosa, por cuanto aquellos cuyo cuerpo esta mal constituido, se les dejara morir y se castigara con la muerte a aquellos cuya alma sea naturalmente mala e incorregible”. Libro III La República.-

²⁵ ARISTOTELES “*Ética Nicomaquea*” citado por DRANE J. ob cit. 2003. pag 25; además “*La Eutanasia*” en: <http://www.comayala.es/catequesis/eutanasia.htm> (fecha de consulta abril 2007)

²⁶ DURKHEIM E. “*El Suicidio. Estudio de Sociología*”, (traducciones y estudio preliminar sobre etiología del suicidio en España por Mariano Ruiz – Funes) Madrid 1928, pags. 224 a 366, citado por JUANATEY DORADO C. ob cit. 2003 pag 17

²⁷ Una posición particular tiene Núñez Paz; al mencionar que en algunas ciudades griegas “el Estado autorizaba a los ciudadanos que expresamente lo solicitaran una dosis de veneno para acabar con sus sufrimientos. Algunos ejemplos de esta forma de inmolación la encontramos en importante filósofos como Diógenes quien se suicido al verse gravemente enfermo. Epicúreo no llega a suicidarse pero se embriaga para no tener conciencia del momento de su muerte. Por su parte Erasístrato se suicida mediante cicuta por no poder soportar los enormes sufrimientos que le venía provocando una grave ulcera. Se dice de Erastótenes que al quedar ciego y sentirse agobiado por esa horrible tara se abandono hasta morir”... NUÑEZ PAZ M., “*La Buena Muerte*” ob. cit, 2006, pag. 35

En Roma, las teorías y criterios sobre la práctica son múltiples: "Muerte sin dolor por miedo a afrontar conscientemente el sufrimiento y la propia destrucción" (así la define Tácito en sus Anales) Séneca propone que: "Es preferible quitarse la vida, a una vida sin sentido y con sufrimiento", señala que el sabio ha de vivir tanto como deba no tanto como pueda.- Epícteto predica la muerte como una afirmación de la libre voluntad; Cicerón le da significado a la palabra como "muerte digna, honesta y gloriosa". Pero en general se puede decir que el Derecho Romano carecía de una regulación sobre el suicidio ya fuese permisiva o contraria al acto de quitarse la vida.²⁸

Durante la Edad media y los comienzos del Renacimiento predomina el pensamiento de la Doctrina Cristiana.

El concepto de Eutanasia se alude por vez primera en la Utopía de Tomás Moro (1478 a 1535 año en que fue decapitado). En el texto aparece el concepto médico y moral de la eutanasia.²⁹ En general, predica sobre una atención esmerada a los

²⁸ CICERON "*Cartas a Atico*" SENECA "*Cartas a Lucilio y Anales de Tácito*"; EPICETETO, "*Manual de la Estoa*"; citados por Autores varios. "*Historia de la Eutanasia*". FERNÁNDEZ Sergio, LÓPEZ Eloy, PASQUALI Cecilia, RONDOLINO Marcelo, TERRAGNO Jorge disponible en:

http://www.avizora.com/temasquequeman/eutanasia/0003_historia_eutanasia.htm (fecha de consulta marzo 2007)

²⁹ Señala Moro: "... (los esclavos) consuelan a los enfermos incurables, visitándolos con frecuencia, charlando con ellos, prestándoles, en fin, toda clase de cuidados. Pero cuando a estos males incurables se añaden sufrimientos atroces, entonces los magistrados y los sacerdotes se presentan al paciente para exhortarle. Tratan de hacerle ver que está ya privado de los bienes y funciones vitales; que está sobreviviendo a su propia muerte; que es una carga para sí mismo y para los- demás. Es inútil, por tanto, obstinarse en dejarse devorar por más tiempo por el mal y la infección que le corroen. Y puesto que la vida es un puro tormento, no debe dudar en aceptar la muerte. Armado de esperanza, debe abandonar esta vida cruel como se huye de una prisión o del suplicio. Que no dude, en fin, liberarse a sí mismo, o permitir que le liberen otros. Será una muestra de sabiduría seguir estos consejos, ya que la muerte no le apartará de las dulzuras de la vida, sino del suplicio. Siguiendo los consejos de los sacerdotes, como intérpretes de la divinidad, incluso realizan una obra piadosa y santa". TOMAS MORO "*Utopía*" Capitulo relativo a Los Esclavos; texto disponible en versión electrónica en: <http://www.ucm.es/info/bas/utopia/html/moro.htm> (consulta agosto de 2007)

enfermos, pero ante una enfermedad intolerable, legitima la muerte voluntaria y la eutanasia en su mencionada obra Utopía. Tiene en cuenta por cierto, para ello los derechos de la persona; la responsabilidad moral, la libertad y a los sacerdotes como intérpretes de la divinidad, ya que para evitar abusos, se requiere del permiso de tales autoridades.³⁰

Moro es en su contexto histórico una excepción; pues la doctrina y el criterio en general es contrario al suicidio y a la eutanasia. No cabe duda que estos argumentos tienen parte de su fundamento en las antiguas normas éticas que desde la tradición griega se transfirieron junto a la enseñanza y administración de la medicina; así la idea hipocrática contraria a quitar la vida a los pacientes se amalgama con las predicas cristianas de una primera época y que luego toman un refuerzo en las ideas de San Agustín en cuya virtud y desde el mandato de “No mataras” la Iglesia enseñó que tanto el suicidio como la privación de la vida del paciente constituían actos erróneos.³¹

A principios del siglo XVII surge un nuevo posicionamiento que contrasta en parte con lo sostenido por Moro, se trata de sir Francis Bacon quien – si bien postula la ayuda a morir – lo hace sin el favorecimiento a la ejecución de la muerte, por lo que

³⁰ “... por otra parte el que se suicida antes de que los sacerdotes el consejo hayan aceptado el motivo de su muerte, lo arrojan sin enterrar a algún apestoso pantano como indigno de ser enterrado o consumido por el fuego.” TOMAS MORO “*Utopía*” idem.-

³¹ SAN AGUSTIN, “*La Ciudad de Dios*”, Capitulo Primero párrafos 20 y 31; disponible en versión electrónica en: http://www.iglesiareformada.com/Agustin_Ciudad_1.html (consulta en agosto de 2007) también confrontar DRANE J. op cit. 2003, pag 26. (No tan comprensible, sin embargo, resultan los relativismos de San Agustín en función de predicar la legitimidad de la guerra como instrumento político o su desprecio a los judíos en donde se enraízan actos de la calaña de las cruzadas; la santa inquisición o el mismo holocausto).-

exhorta a los médicos a investigar métodos que disminuyan los sufrimientos del moribundo en sus últimos momentos. El significado que Bacon presta al término se aproxima a los fundamentos de la llamada ortotanasia y a la eutanasia indirecta, como analizaremos en detalle en los párrafos destinados a la clasificación de la eutanasia de la presente tesis. Este autor es quien, además, generaliza el uso del término.³²

De los filósofos posteriores, es destacable por una parte la postura del inglés David Hume (1711 a 1776) quien señalaba que: "si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso, y fuese infringir el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla." Esto es, justifica la eutanasia en términos prácticos: "una vez que se admite que la edad, la enfermedad o la desgracia pueden convertir la vida en una carga y hacer de ella algo peor que la aniquilación....Creo que ningún hombre ha renunciado a la vida si esta mereciera conservarse".³³ El planteamiento de Hume puede considerarse representativo de la concepción utilitarista de la moral que ha caracterizado el pensamiento ético sajón durante el siglo XIX. La famosa tesis de John Stuart Mill que deriva directamente de Hume, de que el derecho penal solo debe poner límites a la libertad humana cuando se trata de acciones que causan daño a otro (harm to

³² "...Actualmente en cambio los médicos casi religiosamente cuidan a los enfermos incurables, cuando a mi juicio, sino quieren faltar a su misión y al deber de humanidad, deberían aprender el arte de facilitar diligentemente una suave partida de esta vida, llamamos a esta investigación "Eutanasia Exterior" para diferenciarla de la interior, que atiende a la preparación del alma, la cual consideramos muy deseable." Bacon Francis *"Novum Organum"* (1616) Editorial Sarpe, Colección Grandes Pensadores. Madrid, 1984 pag 184

³³ HUME David. *"Sobre el Suicidio, En: Sobre el Suicidio y Otros Ensayos"*; Editorial Alianza; Madrid, 1988, pags. 121 a

other) y no simplemente en las acciones que sólo afectan al propio sujeto, lleva naturalmente a considerar el suicidio como algo lícito o en todo caso como algo que no debe ser objeto de sanción jurídica.³⁴

Finalmente para Kant (1724 a 1804), el suicidio es en principio malo, porque viola los deberes y el respeto para consigo mismo. Frente a la eutanasia tiene en cuenta la potencialidad de ese ser humano que se quita la vida, las posibilidades de desarrollo de sus capacidades. "La vida no vale por sí misma, sino en función de un proyecto de vida ligado con una libertad y una autonomía, ésta última se justifica si permite la base material para una vida digna". Extremando una síntesis de Kant es posible sostener como lo hace Carmen Juanatey que "no sólo el suicidio está en ciertos casos permitido moralmente, sino incluso el deber de ayudar a otro a quitarse la vida si ya no le es posible llevar una existencia digna" y en todo caso para el propio Kant el suicidio (y la eutanasia voluntaria) era una cuestión en la que no debía intervenir el derecho, "pues la jurisprudencia debe decidir lo que es justo o injusto únicamente en el terreno de los deberes para con los demás, pero no en los deberes para con uno mismo".³⁵

³⁴ STUART MILL John; "**Sobre la Libertad**", (traducción de Pablo Azcárate) Alianza Editorial, Madrid, 2001, pág. 153 y sgtes.- confrontar además JUANATEY DORADO C. ob. cit. 2003 pag 21.- (El senador Nelson Avila para fundamentar su proyecto de ley relativo a la regulación de la eutanasia indica que John Stuart Mill, en el Siglo XIX, desarrolló una teoría política en base a la autonomía moral. Ello implica que cada individuo posee la libertad para establecer una jerarquía de valores propia, en la cual basar sus opciones personales. Existe así una esfera de autonomía individual en la que el Estado no debe entrometerse a menos que ésta cause daño o perjuicio a terceros. Así, aún existiendo conductas moralmente indeseables como lo son para algunos la drogadicción, la homosexualidad o la prostitución, si son realizadas por adultos, no pueden ser penalizadas porque se encuentran dentro de la esfera de la moralidad privada).

³⁵ KANT E. "**La Metafísica de las costumbres**", (Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho) Alianza Editorial, Madrid, 1989 pag. 280 ver además en JUANATEY DORADO C. ob. cit. 2003 pag 22

Es destacable que al pasar de los siglos los pensadores moralistas cristianos fueron evolucionando desde posturas extremas de los reformistas protestantes del siglo XVI para quienes el reto cristiano de la muerte se encontraba en soportar el dolor de buen grado, a matices en que los teólogos españoles de la misma época; resaltaban el papel del médico como el agente destinado a otorgar una “buena muerte”; aquella desprovista de dolor mediante el suministro de medios paliativos que desembocaban en lo que hoy denominados una “eutanasia indirecta” o bien mediante el no suministro o retirada de medios (eutanasia pasiva). El punto de frontera de la práctica eutanásica para estos teólogos indudablemente estaba en el hecho de que el médico no debía causar la muerte de un modo directo o inmediato. Estas nociones han traspasado los siglos venideros y son, como veremos, la base de las normas que las encíclicas y documentos papales predicán hasta el día de hoy.³⁶

Durante el siglo XX cabe destacar una obra precursora y de especial trascendencia, se trata de la monografía de Enrico Ferri “Homicidio-Suicidio” sin duda, profética respecto de la discusión eutanásica de nuestros días, ya que, en lo medular propone que quien de muerte a otro por motivos altruistas o piadosos no deba ser considerado como un delincuente; ello porque para Ferri la vida es renunciable o “abdicable” para su titular; otorgando por ende, plena eficacia al consentimiento como argumento de impunidad en esta materia. Ferri consideraba que no existen derechos solamente innatos o inalienables, sino que todo está ligado al devenir histórico y a la evolución de la sociedad. La indisponibilidad del bien “vida” solo se

³⁶ DRANE J. ob cit. 2003 Pag 27

puede mantener argumentando desde el punto de vista ético o religioso, pero no desde un punto de vista jurídico. En fin, sostendrá que para que el consentimiento tenga autoridad debe cumplirse la condición de que el sujeto pasivo muera (o se le facilite el suicidio) por motivos no antijurídicos o no antisociales ³⁷ (conforme a la escuela positivista que centra su atención en el delincuente mas que en el delito).

Durante el siglo XX en general, la cultura fue progresivamente recogiendo el debate sobre la eutanasia, cuestión comprobable, desde que nos basta una mirada a esa porción del arte transformadora del mundo y ventanas de ideas; como es el cine. Actividad propagadora de valores y destructora de otros; en su afán de crear mitos y realidades el celuloide desplaza a la literatura en nuestros días debido a que sin abandonar su fin de entretenimiento y sentido lúdico inicial, evoluciona también como una herramienta poderosa de difusión y adoctrinamiento. En el cine la eutanasia en general solo ha recibido argumentos de respaldo, mirando la muerte en sus tramas como un definitivo bien frente a un mal mayor. ³⁸

³⁷ NUÑEZ PAZ "La Buena Muerte" ob. cit. 2006, pag. 58.-

³⁸ MARTINEZ Enrique – SANCHEZ Salanova "**Cine y Eutanasia**": "Mar Adentro; Johnny tomo su fusil; Millión Dólar Baby; Mi Vida es Mia, El Sabor de las cerezas; Cuando el Destino Nos Alcance" disponible en: <http://www.uhu.es/cine.educacion/cineyeducacion/cineutanasia.htm> (fecha de consulta mayo 2007)

1.3 Clasificaciones de la Eutanasia y su Pertinencia en el Sistema Chileno - Generalidades:

He adscrito conforme a lo ya expuesto en el capítulo relativo al concepto de eutanasia que nos otorga la profesora Gascón, definiéndola como: “aquellas acciones u omisiones generalmente de carácter médico que provocan la muerte de otra persona en atención a ellas, por compasión y en miras a su bien, lo que tiene sentido en los casos en que la vida ha alcanzado tales niveles de indignidad de manera irreversible que la convierten en un mal”³⁹

Sin embargo antes de exponer sobre lo medular es menester recalcar que no se incluyen en dicho concepto figuras tales como las denominadas “eutanasia social o económica”. Orientada a eliminar con cruda visión crematística, aquellas vidas que se reputan inútiles, exentas de valor vital y de costoso mantenimiento; o la también denominada “eutanasia eugénica”; que únicamente sirve para designar los homicidios colectivos fundados en razones de higiene racial; como señalaran tanto Niño y Gascón el uso del sustantivo “eutanasia” en estos casos sólo contribuye a la confusión, pues allí únicamente, es dable hablar de genocidio y de programas criminales “homicidios calificados cuya real entidad pretende encubrirse con un eufemismo”.⁴⁰

³⁹ GASCON M, ob. cit. 2003 pag. 8.-

⁴⁰ NIÑO, Luis Fernando; *“Eutanasia Morir Con Dignidad (Consecuencias Jurídico Penales)”*; Editorial Universidad, Buenos Aires 1994, pag. 84, además, GASCÓN M. ob cit. 2003 pag. 9

Otro concepto a desarrollar en breves líneas es el de Ortotanasia y el de Distanasia, pues he creído desde el punto de vista analítico aclarar el sentido de esta terminología cuyo uso es frecuente en la materia.- Con el primer término Ortotanasia; se hace referencia a la muerte en su debido tiempo; sin acortar la vida, ni alargarla innecesariamente con medios extraordinarios; a su vez, con el término de Distanasia, se alude por el contrario, a un retraso desproporcionado de la muerte, esto es, se impide o se suspende el proceso de la muerte biológica; también este concepto está vinculado a las expresiones de “encarnizamiento terapéutico” ensañamiento u obstinación técnico médico – por usar los medios más allá de lo digno o recomendable.-

Las clasificaciones posteriores y propias de la tesis, están de uno u otro modo vinculadas a estos conceptos, pues como se avizora y se aclarará, la eutanasia en su naturaleza o acepción de Eutanasia Pura es ortotanasia y la Eutanasia Pasiva busca precisamente evitar la distanasia (en una labor de adistanasia o antidistanasia)

Siguiendo al profesor Roxin; he preferido desarrollar en este punto una clasificación que distingue entre las variantes de a) Eutanasia pura b) Eutanasia indirecta c) Eutanasia pasiva y d) Eutanasia activa. Como veremos en las siguientes partes y capítulos de la tesis, la clasificación otorga la posibilidad de analizar el actuar médico frente a las complejas modalidades en que el fenómeno mortal puede aparecer en el ámbito clínico. Es además, una clasificación aceptada universalmente (cuestión que también se constatará) y sus inicios se enraízan en

las obras de autores como Hume y de filósofos católicos desde el siglo XVI a la fecha.-

Pero previo a ello me permito referirme a un ordenamiento y clasificación usada por Niño en su texto "Morir con Dignidad" ya citado; en cuanto distingue entre la eutanasia Natural y Provocada; siendo de las primeras aquellas en que la muerte se suscita de un modo natural y sin padecimientos; de tal modo que lo que sigue es el interés en desarrollar las subclasificaciones de la eutanasia provocada (o llamada voluntaria) en que es menester echar de lado en primer termino la eutanasia provocada o voluntaria "autónoma" ya que consiste en el mero suicidio o provocación de la buena muerte sin intervención de terceras personas; a continuación corresponde desarrollar el concepto de la eutanasia provocada heterónoma.- Este último termino admite una nueva subclasificación entre eutanasia (heterónoma) solutiva y resolutive. Eutanasia provocada heterónoma solutiva es aquella que busca mitigar el sufrimiento mediante un auxilio en el morir desprovisto de todo efecto de abreviación en el curso vital; esto es, mediante el uso de calmantes que no incidan en la duración de ese decurso.- una asistencia psicológica y o espiritual al enfermo o anciano son expresiones de esta eutanasia solutiva o bien como además la llamaremos conforme a la calificación de Roxin "eutanasia pura". En cambio en la eutanasia provocada heterónoma resolutive, sí influye en la duración de la vida y de su ciclo, suprimiendo o reduciendo su plazo en interés del enfermo o anciano y con su consentimiento previo y autodeterminado o por el de sus representantes. ⁴¹

⁴¹ NIÑO L. ob cit. 1994. pag 82 a 96

A su vez en las modalidades de la eutanasia provocada heterónoma resolutive es posible distinguir las variables de **Activa** y **Pasiva**; esto es para la primera variante, casos en la que el acortamiento de la vida se obtiene mediante hechos positivos que buscan abreviar o suprimir su curso; en tanto que la segunda consiste en inhibirse de actuar o abandonar el tratamiento ya iniciado.- Por otra parte dicha formula **activa** de eutanasia admite la distinción entre las acciones **directas e indirectas** según su relación al efecto de abreviación de la vida; será eutanasia (activa) directa como explica Niño, la aplicación de una dosis mortal - por si misma - de morfina escopolamina y será (activa) indirecta la utilización de un analgésico poderoso con efecto colateral vital.⁴²

1.3.1 Primera Clasificación: Eutanasia Pura

Por «eutanasia pura» como hemos adelantado, puede asimilarse la situación de la ya definida eutanasia piadosa en el sentido de ortotanasia; que acontece en las situaciones en que la muerte ocurre en su debido tiempo, ocupándose el entorno medico o familiar de simplemente acompañar al moribundo mediante la aplicación de medios “paliativos” para enfrentar el dolor. Es lo que Niño define como Eutanasia provocada heteronoma solutiva y obviamente como un hecho inocuo jurídicamente, constituye una conducta atípica que no le interesa al derecho penal; es más, el derecho como sistema debe promoverla, en especial, cuando se practica por deseo o con la aprobación del paciente. Para esta situación o variante de la eutanasia es indiferente que el moribundo ya no pueda realizar ninguna declaración

⁴² NIÑO L. idem

de voluntad o que no esté en condiciones de formularla responsablemente, porque se entenderá por razones de deber médico que es totalmente admisible, al corresponderse con la voluntad presunta del paciente y la buena práctica de la medicina.

El caso no aparece como interesante a la luz de la finalidad de esta tesis, salvo en lo que respecta el desarrollo de dos ideas atingentes; por una parte lo que respecta al desarrollo de los denominados cuidados paliativos como alternativa a otros casos de eutanasia y por otra parte, los supuesto de responsabilidad médica por aplicarse o no la eutanasia pura en contra del deseo del paciente y en donde entraría en consideración su punibilidad.

a) Respecto de los Cuidados Paliativos, la Organización Mundial de la Salud los define como “cuidados activos totales destinados a enfermos con procesos avanzados e incurables y a sus familiares, con énfasis en el confort y la calidad de vida”, es decir, aquellos que se administran para hacer más soportables los efectos de la enfermedad y especialmente eliminar el dolor y la ansiedad, en este caso de personas moribundas o gravemente enfermas.⁴³ Esta es una materia que se verá en todo su sentido al momento de tratar la variante de eutanasia pura desde la perspectiva de la normativa aplicable en el sistema nacional.-

b) En cuanto al aspecto del alivio del dolor en contra de la voluntad del paciente; sucede que, en algunos casos marginales, el enfermo resuelve que no se le deban

⁴³ PASCUAL LÓPEZ Antonio, “**Cuidados Paliativos**”, en Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003 pag 73

aplicar medicamentos o depresores del dolor, renunciando a los denominados cuidados paliativos a fin de resistir de modo estoico los embates y sufrimientos propios de la agonía. “Para ello puede tener motivos teológicos o filosóficos o, sencillamente, ser una persona valiente, o bien querer comunicarse con personas cercanas. En cualquier caso, tal deseo desde el punto de vista normativo debe respetarse”.⁴⁴ Tal como recomienda el Código de Ética del Colegio Médico al disponer en su artículo 25 que: “Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente”. En los casos, en que, sin embargo se hace caso omiso de las exigencias del paciente y el personal médico interviene en el proceso en función de aliviar la carga o sufrimientos del moribundo, puede gestarse un ataque no autorizado normativamente a la integridad corporal del paciente y por tanto, (en teoría) punible de acuerdo con el Código Penal como un delito de lesiones, dependiendo de su entidad, aunque normalmente, será posible prever de las tipificada en el numeral 5º del artículo 494, relativa a lesiones leves tratándose del uso de sondas; inyecciones o similares. Lo aparentemente complejo sin embargo, surge en los casos en que la intervención es aun más invasiva; frente a operaciones de cirugía mayor; extirpaciones de tumores; órganos o miembros corporales. Pero la alegación del paciente relativa a mutilaciones o lesiones graves presentaran sólo una aparente punibilidad, pues, el requisito del actuar con “malicia” en el caso del artículo 396 del Código Penal, se diluye frente al argumento de la finalidad curativa, que se opone al dolo directo exigido por la norma.⁴⁵ Por

⁴⁴ ROXIN Claus; “*Tratamiento Jurídico*” ob cit. pag, 3

⁴⁵ Tajante en este sentido es Cousiño Mac Iver al decir que: “aunque el consentimiento del enfermo no revista la calidad de un requisito básico para el tratamiento, puesto que la acción de curar de aliviar, de prevenir enfermedades u otros daños a la salud absorbe, anula, neutraliza la norma prohibitiva de lesionar o la de matar, de todas maneras el deber ético de obtener el consentimiento del paciente, en forma expresa o tacita, juega un rol de importancia en el ejercicio de la profesión médica, aun

otra parte, en el caso de las lesiones de mayor envergadura, bastará analizar si la actuación médica es subsumible en los conceptos de herir, maltratar o golpear que el tipo penal requiere. En síntesis, debiera por regla general y para estos casos, en los ataques curativos en contra de la voluntad del paciente excluirse el tipo de lesiones.⁴⁶ Aunque no cabe duda que desde la postura de Bustos, habría en este caso algo más que una mera atipicidad por falta de dolo, el comportamiento médico desde la perspectiva de la imputación objetiva no llena la antijuridicidad, pues en este caso, el punto de partida será la consideración al bien jurídico vida, la integridad o la salud del paciente. Para la sociedad en su conjunto y desde la valoración del bien jurídico, no es lo mismo que el paciente sufra o no sufra, muera o no muera, pues a pesar de que el acto este tipificado y se de el desvalor de resultado, la actuación del médico estará sin embargo, justificada.⁴⁷

c) El caso de omisión del alivio del dolor en contra de la voluntad del paciente. Tiene un sentido más realista esta hipótesis que la anterior, esto es, imaginar los

que más no sea para eliminar la responsabilidad meramente profesional, ya que la responsabilidad penal queda eliminada con la finalidad subjetiva de la acción".- COUSIÑO MAC IVER Luis; *"Derecho Penal Chileno, Parte General"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979 Tomo II pag 479.- También Roxin, al proponer que en las lesiones médicas la doctrina dominante (al contrario de la jurisprudencia) "siempre ha considerado atípicos los menoscabos beneficiosos de la sustancia corporal – es decir intervenciones curativas médicamente indicadas y realizadas lege artis – con independencia de la voluntad del paciente, negando en tales casos un deterioro a la salud en el sentido del artículo 323". ROXIN Claus; *"Derecho Penal, Parte General"*; Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pag 524

⁴⁶ KUNSEMULLER Carlos; *"Responsabilidad Penal del Acto Médico"*, Revista Chilena de Derecho, Vol 13 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 1986, pag. 263

⁴⁷ BUSTOS RAMIREZ Juan; *"Imputación Objetiva y Bien Jurídico"*, Revista La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Editorial Ius Poenale, Buenos Aires, 2001. disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Bustos2.pdf>. Partidario de la atipicidad en cambio Cury, quien señala que "una operación semejante, no configura una acción lesiva en el sentido de los artículos 395 y siguientes del C.P. sino, una conducta terapéutica que no satisface los tipos correspondientes, ni siquiera cuando fracasa".- CURY URZUA Enrique; *"Derecho Penal, Parte General"*; Séptima Edición ampliada, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pag 323

eventos en que a pesar de las peticiones del paciente aquejado de fuertes dolores y de sufrimiento psicológico atendida su calidad de desahuciado, el personal médico no le otorga la atención ni los cuidados requeridos y adecuados de conformidad a la *lex artis*. También se dirá que este comportamiento, es por lo general, una lesión corporal punible por omisión,⁴⁸ pues evidentemente existe en primer termino una posición de garante del médico y de parientes cercanos y ese dolor bien puede significarse o apreciarse como lesión física y maltrato. Además del dolo de lesión, existe aparejado el deber de intervenir en el sentido del artículo 491 del Código Penal que regula el cuasidelito del profesional médico, al no evitar negligentemente o por descuido un sufrimiento innecesario. El correlato ético esta asentado en el Código del gremio que establece en su artículo 22 que “Falta a la ética el médico que en la atención de un enfermo actúe con negligencia, imprudencia o impericia. Será negligente aquel profesional que poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, no los haya aplicado”.

En la práctica aun tratándose de pacientes en grado terminal el deber de aliviar y diagnosticar subsiste claramente, pues ni aun un deceso inminente libera al profesional del debido cuidado en el alivio al dolor de su paciente; en esta materia como dice Künsemüller, no cabe duda que son las figuras culposas las de mayor interés y recurrencia, pues el delito de lesiones (la idea de la no evitación del dolor de modo doloso) es sin duda un caso excepcionalísimo en el entorno médico;⁴⁹ asimismo, cabe siempre tener presente que el cartabón o patrón de medida del

⁴⁸ ROXIN Claus; “*Tratamiento Jurídico*” ob cit. pag, 3

⁴⁹ KUNSEMULLER C., ob cit. 1986 pag 264

accionar médico, en lo particular será la evitación del dolor o sufrimiento del paciente como resultado perjudicial para el sujeto pasivo.⁵⁰

1.3.2 Segunda Clasificación: La Eutanasia Indirecta

Una aproximación al concepto indica que estamos en presencia de esta variante de eutanasia en los casos en que el médico en su propósito de morigerar los síntomas del dolor aplica medicamentos o tratamientos que tienen como efecto colateral un acortamiento de la vida del paciente. La admisión de esta eutanasia indirecta ha sido reconocida desde antaño tanto por la doctrina jurídica laica; eclesiástica como por la propia praxis médica.⁵¹ De hecho el inciso segundo del artículo 23 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile prescribe que “El médico procurará siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida.” En esta materia, es atinente acudir además a los documentos contemporáneos de la Iglesia Católica para corroborar como lo hicéramos en el acápite de la evolución histórica, que la aceptación a la eutanasia indirecta surge en términos expresos desde el pontificado de Pio XII, quien en una alocución a los anesthesiólogos italianos los exhortó a utilizar la anestesia para evitar “dolores violentos, estados morbosos de depresión y de angustia “⁵² e incluso, en los casos en que “produjese por si misma dos efectos distintos, el alivio de los dolores y por otra parte, la abreviación de la vida”.⁵³

⁵⁰ KUNSEMULLER C., ob cit. 1986 pag 264

⁵¹ NIÑO L. ob cit. 1994. pag 109

⁵² NIÑO L. ob cit. 1994. pag 94

⁵³ MIRET MAGDALENA Enrique; “*Eutanasia, Filosofía y Religión*”; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 Nº 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003, pag. 102

En derecho comparado, como se verá en su oportunidad, no deja de llamar la atención el caso del artículo 143.4 del Código Penal Español al castigar a quien: “causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro” por lo que se está de pleno considerando impune a la eutanasia indirecta, sin embargo y aun cuando esencialmente se está de acuerdo en la, por lo general, impunidad de la eutanasia indirecta, el fundamento de estos resultados así como el alcance de su admisión resultan discutidos tanto antes como ahora.

Los fundamentos de la impunidad de esta variante implica algunas dificultades teóricas, porque un acortamiento intencionado de la vida del paciente y efectuado a lo menos con dolo eventual, ocasionado a raíz de una intervención médica activa, en otros casos se calificaría como un homicidio propio del artículo 391 Código Penal (o bien subsumible en un futuro homicidio a ruego de prosperar la pretensión del artículo 83 del anteproyecto de Código elaborado por el Foro Penal). ¿Pero en que se basa la impunidad de esta variante?. De acuerdo con un sector de la opinión nacional, la eutanasia indirecta excluye ya el tipo del homicidio por ser una conducta socialmente adecuada de tal modo atípica.⁵⁴ Sin embargo otra corriente sostenida por Etcheberry argumenta validamente sobre la existencia de una

⁵⁴ GARRIDO MONTT Mario; “**Derecho Penal**”, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002 (4 Tomos) Tomo III, pag 156; además en el mismo sentido, POLITOFF LIFSCHITS Sergio - ORTIZ QUIROGA Luis; “**Texto y Comentario del Código Penal Chileno**”, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003 Tomo I, pag. 157 “Al señalar que la actividad terapéutica del que ejerce la medicina conforme a la lex artis y que cuenta con el consentimiento del paciente, no constituye una actividad típica justificada sino que una conducta atípica”. CURY URZUA Enrique; “**Derecho Penal, Parte General**”; habla de la adecuación social del tratamiento curativo. También COUSIÑO MAC IVER Luis; “**Derecho Penal Chileno**”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979 Tomo II, pág 114.- sobre el punto además el profesor Mac Iver propone: “No obstante, excepcionalmente, en casos de extrema urgencia, en que el enfermo esta cercano a la agonía, es posible que el médico – siempre con la finalidad médica de curar y, aun, de aliviar – pueda hacer excepción al rigor de las reglas anteriores, bajo el imperio de la máxima necessitatis non habet Legem. En esta hipótesis, pensamos que, cualquiera que sea el resultado del tratamiento o de la operación, siempre prima la finalidad que lleva insita y que, por tanto, la acción llevada a cabo no es típica, por que no puede subsumirse en los tipos de lesiones o de homicidio, cuyos verbos rectores suponen conductas de herir, golpear, maltratar o matar a otro”. Idem pag 475-476

justificante de intervención necesaria en estos casos; piénsese solamente en la disposición del artículo 10 N° 10 del nuestro Código Penal que señala que “está exento de responsabilidad el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad oficio o cargo” y por ende la actuación del profesional médico en principio típico, no es punible en razón de su oficio legítimo y en las actuaciones adecuadas a su *lex artis*.⁵⁵

Entre las alternativas que fundamentan la impunidad; a saber, adecuación social y la del consentimiento (justificante); en Argentina, Niño opta por la primera de ellas al señalar que la conducta del médico “no estará apenas justificada sino que se encontrará avalada por la deontología médica, será conforme a la *lex artis ad hoc* y en consecuencia, resultara atípica, sea por que no cabe imputar al médico el aumento del riesgo, sea porque es socialmente adecuada o mas jurídicamente- porque responde a una normativa que prevalece en el caso concreto y obliga y propicia su realización”.⁵⁶ Santiago Mir, por su parte expone que en el derecho (español) la solución de la adecuación social debe considerarse (como un criterio independiente de exclusión del tipo), en la medida que su operatividad en derecho penal ha de ser jurídica; evitando en lo posible la contradicción entre las valoraciones jurídicas y de la sociedad.^{57 58}

⁵⁵ ETCHEBERRY Alfredo; “*Derecho Penal*”, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997 (4 Tomos) Tomo III pag 42; asimismo, NOVOA MONREAL Eduardo, “*Curso de Derecho Penal Chileno*”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, 1960-1966, pag 406; al decir que “En nuestra ley positiva la solución anticipada ya por Pacheco es clara, los actos constitutivos de acto médico importan un ejercicio del oficio y si se desenvuelven en la forma que la ley impone, constituyen una causal de justificación”.

⁵⁶ NIÑO L. ob cit. 1994. pag 109

⁵⁷ MIR PUIG Santiago; “*Derecho Penal, Parte General*”, Séptima Edición, Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires, 2004, pag. 517.- (Mir advierte que Roxin cuestiona la necesidad de la adecuación social al advertir que la moderna teoría de la imputación objetiva contempla, ya como uno de los presupuestos de la imputación típica, la creación del riesgo que no

Mas allá de la pretensiones de autores extranjeros que admiten incluso la existencia de un homicidio justificado.⁵⁹ ⁶⁰ los profesores nacionales consideran acertada la opinión de que si la eutanasia indirecta es impune, lo es en razón de que la conducta del médico rechaza el tipo en razón del concepto de la adecuación social como norma interpretativa orientadora y limitadora del ámbito de aplicación de los tipos penales y antecedente de la inimputabilidad objetiva. Pues el concepto de adecuación social históricamente defendida por los autores nacionales, es subsumida por la teoría de la imputación objetiva, la que para Bustos, tiene como

resulte socialmente adecuado) En todo caso expone el maestro alemán, "Se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la creación de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo; ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de la manera que aminore o disminuye el peligro que ya existe para la víctima y por tanto, mejora la situación del objeto de acción" (para nuestro caso mirado ya, no desde el bien jurídico vida, que se encuentra desahuciado, sino, del valor o bien jurídico salud humana – entendida como una existencia liberada de padecimientos o de dolor) ROXIN Claus; **"Derecho Penal Parte General"**. ob.cit. pag 364-365

⁵⁸ En la posición particular de Núñez Paz el suministro de analgésicos en las condiciones señaladas, no supone la creación de un riesgo no permitido; y , por consiguiente, las conductas serán atípicas por ausencia de imputación objetiva, ya que para su existencia se requiere que la acción cree un riesgo jurídicamente desaprobado de lesión del bien jurídico que deberá materializarse en un resultado típico . NUÑEZ PAZ M., **"La Buena Muerte"** ob. cit, 2006, pag. 140

⁵⁹ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, artículo **"Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana"**, en la revista "Doctrina Penal", Buenos Aires, Editorial Depalma, año 12, números 46/47, abril-septiembre de 1989, págs. 287- 294 al decir que: "He defendido la facultad de disposición de la vida propia y por consiguiente, la eficacia desincriminante del consentimiento en esta materia" – En el mismo sentido COBO DEL ROSAL – CARBONELL MATEU En la obra colectiva **"Derecho penal"**, Parte especial, Segunda edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1988, pág. 540. Añaden, en la página siguiente: "Ni desde una Ética ni desde un Derecho que antepongan la libertad a todo lo demás debe negarse el derecho al suicidio. Una vez aceptado este derecho, habrá de hacerse extensivo a las diferentes formas de participación: auxilio, inducción y ejecución del suicidio ajeno. Sólo así habremos afirmado la no instrumentalización de la persona; sólo así habremos dado su verdadero e íntimo sentido al término «libertad», y sólo así estaremos otorgando al ser humano toda la dimensión que su dignidad como persona merece". Asimismo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: **"Prologo a La Colisión y Deberes en Derecho Penal de Antonio Cuerda Riezu"**, Editorial Tecnos, Madrid, 1984 pag. 22 , citado para fines críticos por Niño.-

⁶⁰ Cousiño Mac Iver, partidario de la atipicidad en estas materia embiste contra la tesis del homicidio justificado al exponer que: "Nos referimos a esta hipótesis, frente a una insólita afirmación de Manuel de Rivacoba relativa a los trasplantes de corazón, en que dice "El médico mata aunque mas no sea que con dolo eventual..." COUSIÑO MAC IVER Luis; **"Derecho Penal Chileno"**, ob. cit. pag 481

punto de partida al bien jurídico como centro de análisis,^{61 62} cuestión que no parece compartir el Tribunal Constitucional chileno, si se advierte lo resuelto en la causa rol N° 220. A raíz de un requerimiento formulado por diversos senadores para que el Tribunal resolviera sobre la cuestión de constitucionalidad planteada a determinados artículos del proyecto de ley sobre trasplantes de órganos, de acuerdo al artículo 82, n° 2, de la Constitución Política de la República, con fecha trece de agosto de mil novecientos noventa y cinco, asevera el Tribunal, en el considerando noveno que: “igualmente, la ley también legitima la actividad de los médicos al practicar intervenciones quirúrgicas tendientes a preservar la vida. Sí como consecuencia de ellas, la persona muere, el médico "no mata a otro" en la definición de homicidio del código penal, sino, por el contrario, su conducta está justificada ya que lo hizo para salvarle la vida. Su acción es legítima y por lo tanto, no está revestida del requisito de antijuridicidad que constituye presupuesto de todo delito”.⁶³

En seguida, siguiendo el esquema provisto por Roxin, analizaremos dos interrogantes acerca del alcance en la admisibilidad de la eutanasia indirecta:

⁶¹ GARRIDO MONTT Mario; “*Derecho Penal*”, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002 (4 Tomos) Tomo II, pag 203

⁶² Dice Bustos que el bien jurídico es un referente para la determinación del desvalor: “La conceptualización de este desvalor que expresan los tipos penales no es un desvalor en referencia a consideraciones de carácter ético individual, sino en referencia con el bien jurídico protegido. Por tanto, en lugar de un desvalor ético individual expuesto al subjetivismo, en la determinación de la tipicidad se trata de un desvalor social objetivo que surge a partir de relacionar la aludida vinculación con el bien jurídico protegido.. Resumiendo el tipo penal expresa un ámbito situacional de vinculación entre sujetos que tiene un significado social desvalorativo ya que posee capacidad de generar un riesgo para el bien jurídico protegido.” BUSTOS RAMIREZ – HORMAZABAL MALAREE; “*Lecciones de Derecho Penal*” Editorial Trotta, Madrid, 1999, Vol II. pag 31-33

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, archivo de sentencias, Información disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_220.doc (consulta mayo 2007)

El primero se refiere a su dimensión temporal. El Código de Ética del Colegio Médico señala en su artículo 23 que: “Toda persona tiene derecho a morir dignamente. Por consiguiente, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos deberán ser proporcionales a los resultados que se pueda esperar de ellos”, lo que resulta adecuado para casos incurables de cáncer en que pueden existir dolores insoportables durante semanas e incluso meses antes de la muerte, esto es, en un momento en el que el enfermo todavía no se está muriendo. Luego en función a los criterios de la adecuación social y la legitimidad de la buena práctica médica, basados en el concepto de proporcionalidad que otorga el propio código gremial; es posible aceptar la aplicación de terapias y medidas paliativas a enfermos en fases iniciales aun cuando el efecto secundario no deseado implique un riesgo de abreviación del periodo de vida restante y el paciente informado manifiesta su conformidad.

En general los proyectos de Ley de ingresados al Congreso no se hacen cargo de este tipo de eutanasia habida consideración de lo pacífico que resulta, en general, el tema de la eutanasia indirecta; ilustrativa es la historia de Laura Guajardo, una mujer de 84 años que falleció en noviembre de 2006, se investigó si la causa probable fue una sobredosis de insulina a manos de una auxiliar y una estudiante de enfermería. Este es un caso en el cual el fondo de lo investigado fue la práctica de una “eutanasia directa” pues en el debate entre defensor y fiscalía, existió consenso de que no habría delito ante el evento de una muerte ocasionada como efecto colateral de la aplicación del medicamento.^{64 65}

⁶⁴ ANGUIITA Verónica, “¿Quién era Laura Guajardo?” disponible en:

El otro aspecto también discutido y poco claro es la clase de dolo requerido por la eutanasia indirecta. De acuerdo con una visión tradicional sólo puede ser justificado un dolo eventual, esto es, para el caso en el que el acortamiento de la vida sea posible pero no seguro a consecuencia de la acción paliativa.⁶⁶ En este sentido, los principios del Código de Ética del Colegio Médico hablan de “aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida”. Pero se dice que el alcance práctico de esa discusión tampoco es muy relevante, en primer lugar porque no se debe dejar de lado que los avances del sistema médico permiten, progresivamente, un mayor control del dolor sin cobrar la vida del paciente (es más, los depresores comunes del dolor basados en morfina; dipirona, diclofenaco o codeína no presentan en general, usados con adecuación a la *lex artis*, como erróneamente se sostiene un costo colateral vital en el paciente). Por lo que debe aceptarse cada vez más que el dolo eventual se diluye, no obstante, aún tratándose de una cierta seguridad en el aceleramiento del deceso, no sería éste argumento para limitar la aplicación de terapias “Pues aunque en el caso concreto se acepta la aceleración de la muerte, no debería

<http://www.uahurtado.cl/2005/creas/otros/correcciones%20pg%20web%20marzo/columna%20dic%2006.doc> (fecha consulta marzo 2007) PEREZ Pablo, ¡¡**QUIERO MORIR... ES MI VIDA!!** La salud de Laura Guajardo Guajardo, una mujer de 84 años, tenía acongojadas a cuatro funcionarias del Hospital de Los Andes que estaban encargadas de su salud. Entonces, surgió la idea de que la señora, aquejada de una diabetes mellitus que ya le había costado la amputación de una de las piernas, dejara de sufrir. La solución estaba al alcance de la mano. En un acto de “buena voluntad”, si podríamos decirlo así, una estudiante de enfermería y un paramédico cumplieron la voluntad de la mujer. Una sobredosis de insulina puso fin al sufrimiento de Laura Guajardo. Disponible en: <http://www.elobservatodo.cl/admin/render/noticia/6866>

⁶⁵ SANTIAGO, septiembre 29- 2007.- Eileen Torrealba, estudiante de enfermería y Ana Quiroz, paramédico, quienes fueron acusadas de homicidio calificado contra una anciana en Los Andes, a quienes le habrían practicado una eutanasia, fueron absueltas por el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes en una resolución de carácter unánime. Según el fallo que favorece a ambas, las pruebas del proceso no lograron establecer de que las imputadas hayan intervenido en la muerte de Laura Guajardo, a través de una inyección de sobredosis de insulina, hecho ocurrido el 20 de noviembre del año pasado que salió a la luz pública luego de la denuncia de un testigo.- Artículo periodístico disponible en http://www.terra.cl/Noticias/index.cfm?id_reg=855808&id_cat=302 (fecha de consulta octubre de 2007)

⁶⁶ ROXIN Claus; “*Tratamiento Jurídico*” ob. cit., pag 5

hacerse ninguna diferencia por el hecho de que tal aspecto del caso conste desde el principio o se evidencie con posterioridad”.^{67 68}

Lo que queda de claridad es que la eutanasia es punible en los casos en que de acuerdo a su definición, el fin y sentido último del acto es el de dar muerte directa al paciente.⁶⁹

1.3.3 Tercera Clasificación: La Eutanasia Pasiva

Se define eutanasia pasiva y en lo que atañe a las cuestiones del derecho penal como “el acto de apresurar el proceso de la muerte del que padece de una enfermedad incurable, mediante la omisión de un tratamiento médico, con el propósito de ahorrar una muerte dolorosa al paciente que reclama una muerte digna y sin sufrimiento”.⁷⁰ En estos casos se suprimen o simplemente no se adoptan las medidas que prolongarían la vida pero que a su vez, sólo proporcionarían padecimientos inútiles, pues la vida marcha a su final. Su ámbito es, por tanto, el de la práctica médica de carácter tecnológico, la posibilidad

⁶⁷ ROXIN Claus; “*Tratamiento Jurídico*” ob cit. pag 5

⁶⁸ Insiste Cousiño Mac Iver: “Hablar de dolo eventual en una operación (médica) arriesgada o en un transplante de cualquier género es un dislate insostenible, aun para los partidarios de la escuela tradicional causalista – en cuyas filas milita Rivacoba, puesto que todo lo concerniente al dolo lo colocan en la culpabilidad etapa a la cual no se puede llegar en una intervención médica que, en el peor de los casos, está justificada. Para arribar a tal solución habría que recurrir al artificio de transformar los móviles en finalidades, pero en dicho caso no habría propiamente una acción médica, sino una acción de lesionar o matar ...” COUSIÑO MAC IVER Luis; “*Derecho Penal Chileno*”, ob. cit. pag 481

⁶⁹ El suministro prudente y diligente de fármacos en situaciones terminales gravemente dolorosas no contradice el riesgo permitido ni infringe el deber objetivo de diligencia, sino que constituye el ejercicio legítimo de la profesión médica...si se mantiene dentro de los cauces prudenciales, no implica infracción al cuidado debido. Y, por otra parte, aunque (hipotéticamente) cumpliera la parte objetiva del tipo, si el resultado – aunque previsible – se ha ajustado a la lex artis, no habría superado el riesgo permitido que pudiera conllevar el tratamiento. NUÑEZ PAZ M., “*La Buena Muerte*” ob. cit, 2006, pag. 143

⁷⁰ POLITOFF Sergio; MATUS Jean Pierre, RAMÍREZ María Cecilia; “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*”, Parte Especial, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006, pag 37

(obstinación o encarnizamiento) de alargar inútilmente la vida de un paciente; que se encuentra en fase terminal. En general se reputan de estos casos de eutanasia la desconexión de un respirador; la ausencia u omisión de actos reanimatorios; la interrupción de tratamientos o terapias. Se renuncia en general a una intervención o a un tratamiento intensivo que habría posibilitado al paciente una vida algo más larga.

A efectos de su tratamiento jurídico pueden considerarse tres posibilidades: 1.- La omisión de medidas que alargan la vida puede suceder de acuerdo con el deseo del paciente 2.- En contra de su voluntad; 3.- El tercer caso es aquel en la que el paciente se encuentra ya en una situación en la que no puede expresarse.

1.- La omisión de medidas que alargan la vida puede suceder de acuerdo con el deseo del paciente: la legitimidad de esta conducta en palabras de Luis Niño tiene un fundamento ético o social, curiosamente desde la doctrina eclesiástica antes que la norma y la doctrina laica; con fundamento de la distinción entre medios ordinarios y extraordinarios que distinguió Pío XII en noviembre de 1957; al señalar que los medios técnicos que sobrepasaran el carácter de extraordinarios no estaban revestidos de obligatoriedad relevando de éstos, al grupo familiar y médico “Los principios del doble efecto y del *voluntarium in causa*, asistieron al Papa para reputar lícita tanto la demanda de interrupción de las maniobras cuanto su acatamiento por parte del profesional interviniente”.⁷¹ Una posterior orientación es la que surge en 1980 desde la Congregación para la Doctrina de la Fe, en que se abandona la antinomia de Pío XII sobre medios ordinarios y extraordinarios y

⁷¹ NIÑO L. ob cit. 1994, pags. 188 - 190

discurre sobre los medios obligatorios proporcionados a la necesidad ética de mantener la vida y en contrario, desecha aquellos medios desproporcionados que no revisten el carácter de obligatorios, tomando en consideración las circunstancias concretas en que la eventual asistencia tiene lugar, juzgando entre otras cosas para ello: el tipo de terapia; el grado de dificultad y riesgo que comporta; los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación; el resultado esperable habida condición del enfermo y sus fuerzas físicas o morales. En fin lo que éste documento rescata es el derecho del paciente a morir “con toda serenidad, con dignidad humana y cristiana”.⁷² La renuncia a medios desproporcionados o extraordinarios no equivale a suicidio o a la eutanasia expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte.⁷³

Frente a la no adopción o cese de medidas que alargan la vida por deseo del paciente el principio básico es que sólo decide el paciente. El Código del Ética del Colegio Médico expresa en su artículo 28 que “El derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deberá ser respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible,

⁷² Sagrada Congregación Para La Doctrina de la Fe; “**Declaración “Iura et Bona” sobre la eutanasia**”: “Es siempre lícito contentarse con los medios normales que la medicina puede ofrecer. No se puede, por lo tanto, imponer a nadie la obligación de recurrir a un tipo de cura que, aunque ya esté en uso, todavía no está libre de peligro o es demasiado costosa. Su rechazo no equivale al suicidio: significa más bien o simple aceptación de la condición humana, o deseo de evitar la puesta en práctica de un dispositivo médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar, o bien una voluntad de no imponer gastos excesivamente pesados a la familia o la colectividad — Ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Por esto, el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro”.- Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_sp.html (fecha de consulta marzo de 2007);

⁷³ JUAN PABLO II, “**Evangelium Vitae**”, Carta Encíclica sobre el Valor y el Carácter Inviolable de la Vida Humana, Ediciones San Pablo, Santiago, 1995 pag. 118

las consecuencias que puedan derivarse de su negativa. En esta circunstancia, el facultativo no abandonará al enfermo, debiendo procurar que se le presten los cuidados generales necesarios” Frente a este supuesto la situación jurídica es, en principio, clara. El hecho queda impune, pues resulta inadmisibles tratar a un paciente en contra de su voluntad.⁷⁴ En general se puede decir que este derecho en el sistema médico nacional, se respeta aún en casos extremos tratándose de pacientes que podrían buenamente tener un diagnóstico vital razonable, cuestión, empero no completamente pacífica frente al caso particular de los Huelguistas de Hambre y en el de los Testigos de Jehová - como veremos en los capítulos siguientes de esta tesis - al desarrollar los conflictos entre valores como la intangibilidad del bien jurídico vida y el valor del consentimiento y la autonomía del paciente. Dicho lo anterior, sabemos que en Chile como en el resto del mundo occidental surgen casos extremos de personas o grupos religiosos que plantean posiciones propias o calificables de suicidio y desde allí emana un evidente problema conforme a lo sostenido, y será el de compatibilizar coherentemente el derecho al rechazo de tratamientos médicos y denegar la procedencia a este suicidio que denominaremos eutanásico; o dicho de otro modo, acoger la negativa de pacientes a procedimientos médicos que resultarían a todas luces salvadoras; (pues en estos supuestos no estamos frente a un paciente terminal en que el cese de la actividad médica aparezca ligada al concepto de dignidad en la fase final de su existencia). En estos casos se alega sobre la base del derecho a la autonomía individual; al principio constitucional de la libertad y dignidad y por cierto; supuestos o derechos plenamente válidos; (otro tanto ocurre en derecho comparado como en

⁷⁴ ROXIN Claus; *“Tratamiento Jurídico”*. ob cit. pag 5; además NIÑO L. ob cit. 1994, pags. 202

los casos en que la exigencia del paciente se funda - como ha sido el caso español y norteamericano en el denominado "derecho a la integridad corporal" en que aparece desde luego un argumento o factor de diferencia); cuestiones que en nuestra judicatura, como ya veremos, parece asentarse mas bien en la solución casuística basada en la indisponibilidad del bien jurídico vida y en que, en general, para el médico, sería "básica y éticamente inadmisibles" ⁷⁵ plegarse al simple "deseo mortal del suicida". ⁷⁶

La naturaleza de la interrupción del tratamiento como acción u omisión:

En cuanto a la distinción del encuadre jurídico penal de las modalidades de eutanasia activa (en que se hace o se practica) y pasiva (en que se omite) el profesor alemán Fletcher perfeccionó la idea de que es tan deliberada la decisión de omitir toda actividad tendiente a mantener a un ser con vida como la de ponerle fin directamente y por ende, ambas modalidades son para él moral y deontológicamente equivalentes ⁷⁷ (como bien dice Niño; se reputaran básicamente homologables la causación directa como la abstención de interferencia en un proceso letal). ⁷⁸ Lo dicho puede corroborarse desde el ejemplo clásico de un comportamiento dirigido a la omisión de la continuidad de un tratamiento conectado con un hacer positivo, es aquel en el que por deseo del paciente es desconectado un aparato de respiración artificial, donde la presión sobre el interruptor es un

⁷⁵ ROXIN Claus; "*Tratamiento Jurídico*" ob cit. pag 6

⁷⁶ En total desacuerdo, NIÑO, "En conclusión, y como regla general, la recta ejecución del mandato materializada conforme a las pautas de la profesión (lex artis) no reconocerá barreras jurídicas, a excepción del eventual desacuerdo del individuo sobre quien recaiga la intervención" ob cit. 1994, pag. 163

⁷⁷ FLETCHER Joseph: "*Moral Responsibility; Situation of Ethics at Work*", en Westminster Press, Philadelphia, 1977, citado NIÑO L. ob cit. 1994, pag. 110

⁷⁸ NIÑO L. ob cit. 1994, pag. 110

hacer. A pesar de ello, sabemos que no se trata de una eutanasia activa punible generalmente como homicidio (o bien homicidio a ruego donde la figura esta tipificada)⁷⁹ y es que de acuerdo con su significado social, o desde la perspectiva del bien jurídico, si se quiere; al decir de Bustos Ramírez; el suceso se muestra como la interrupción del tratamiento.⁸⁰ La línea divisoria entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe colegirse desde un criterio material o natural 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 que, al apoyarse en la voluntad del paciente, resultará impune.⁸¹

Este criterio de calificar como una omisión la denominada interrupción técnica del tratamiento, es en la actualidad dominante, a pesar que de algunos autores ven aquí un comportamiento comisivo, como Niño, que advierte sobre la posición de garante del médico y de la conversión en estos delitos de comisión por omisión de

⁷⁹ En la doctrina Italiana domina la idea de que la eutanasia pasiva consiste en la omisión de terapias respecto de un enfermo que ha alcanzado la fase terminal, diferenciándose de la eutanasia activa en que esta se da cuando los procesos vitales todavía subsisten y la intervención del tercero pretende provocar su cese. NUÑEZ PAZ M., "*La Buena Muerte*" ob. cit, 2006, pag. 107

⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan - HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "*Lecciones de Derecho Penal*" Vol. I., 1ª Edición, Madrid, TROTTA, 1997. Los profesores utilizan el siguiente ejemplo: " determinar si en un caso concreto la conducta del sujeto que vertió una sustancia en el vaso de su víctima con la intención de matarla puede ser interpretada como equivalente a la conducta de matar contenida en el art. 138 Código Penal Español, implica un proceso valorativo de atribución. Este proceso de atribución ha de realizarse desde el bien jurídico protegido que en este caso es la vida. Si la sustancia es veneno y aparece probada la muerte por envenenamiento diremos desde el bien jurídico **vida** que verter veneno en el vaso de una persona equivale a matar. Pero si la sustancia no es veneno o la víctima había muerto antes de un síncope cardiaco, desde el bien jurídico **vida**, aún cuando la intención del autor era matar a la víctima, diremos que verter una sustancia en un vaso no es equivalente a la conducta de matar – En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica, el proceso de interpretación de la norma debe hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma, de este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo exterior social tiene significación jurídico penal, es necesario valorarla desde el bien jurídico de la norma que se trate" . pags. 61-62.-

⁸¹ ROXIN Claus; "*Tratamiento Jurídico*" ob cit. Pag 6.-

un enunciado de la norma prohibitiva “no causar la muerte de otro”⁸² arriban generalmente a la impunidad como resultado, pues con distintas argumentaciones aceptan que una conducta de esta naturaleza no calza dentro del sentido de protección de la norma presente en los tipos de homicidio. Con razón dice Eser, citado por Roxin, que no puede haber ninguna duda de “que allí donde sea admisible la interrupción de un tratamiento con medicamentos terapéuticos, también debe serlo el cese del tratamiento técnico”.⁸³

2.- En los casos de omisión de medidas que mantienen la vida en contra del deseo del paciente, situaciones donde el tratamiento o la continuación del mismo, no tiene lugar a pesar de que el paciente lo exige, existe un claro caso de homicidio por omisión, (o bien delito de comisión por omisión) puesto que la inactividad ha conducido al paciente a la muerte o a una muerte temprana y el omitente ocupa una posición de garante, como por lo general es el caso de los médicos o los parientes.

Así Niño ejemplifica señalando que así como es predicable con certeza que una potente dosis de morfina suministrada por vía endovenosa se haya erigido en la causa de un paro respiratorio, es posible concebir que la abstención de un medio de hidratación y de nutrición, respecto de un paciente que no se halla en condiciones de procurárselos, se conecta ineluctablemente con su fallecimiento. En ambos casos pues se estará frente a un homicidio doloso.⁸⁴ En cambio, plantea Roxin, el médico sí puede validamente hacer caso omiso a los deseos cuyo

⁸² NIÑO L. ob cit. 1994, pag. 110

⁸³ ROXIN C. *Tratamiento Jurídico* ob. cit. pag 6

⁸⁴ NIÑO L. ob cit. 1994, pag. 113

cumplimiento no contribuya a una prolongación de la vida y también cuando no pueda mejorarse la evolución del paciente,⁸⁵ esto es, el médico no tiene la obligación de sostener tratamientos inútiles o impertinentes.-

3.- El tercer caso es aquel en la que el paciente se encuentra ya en una situación en la que no puede expresarse: En cuanto a la frontera del deber de tratamiento médico; con independencia de lo afirmado, debe existir en algún momento un límite para la prolongación artificial de la vida, como expone el artículo 23 del Código de Ética: “Ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia”. Esto aún considerando que ya no será decisiva la voluntad del paciente, sobre todo si esta última se expresa en un estadio temprano de la enfermedad, como lo sería, por ejemplo, a través de un instrumento formal, de los que en la práctica se conocen con las siglas DVA (Documento de Voluntad Anticipada). De un lado, porque tal como se afirma en las encíclicas católicas un antecedente a considerar son los recursos técnicos y financieros de las familias, como del sistema público que no son inagotables y sobre todo, porque no se corresponde con la idea de una muerte digna el retraso desproporcionado al proceso mortal con ayuda de instrumentos tecnológicos. Lo anteriormente expuesto es especialmente válido frente a la imposibilidad del paciente (comatoso o terminal) en manifestar su voluntad.-

El Código de Ética del Colegio Médico tantas veces transcrito en su artículo 23 señala además que: “Toda persona tiene derecho a morir dignamente. Por

⁸⁵ ROXIN C. “*Tratamiento Jurídico*”. ob. cit. pag 6

consiguiente, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos deberán ser proporcionales a los resultados que se pueda esperar de ellos. - El médico procurará siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida. Ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia". Mediante esa simple lectura es evidente que en la práctica socialmente aceptada es factible la renuncia a medidas que prolonguen la vida como la respiración asistida, transfusiones de sangre o alimentación artificial. Además, tal y como en su momento fue expuesto, esta solución está en concordancia con el caso en el que se interrumpe el tratamiento en contra de la voluntad previa del paciente durante el acaecimiento mismo de la muerte; pues en este evento el parámetro de la proporcionalidad no obliga al médico a sostener una "prolongación precaria y penosa de la existencia".

La interrupción del tratamiento antes del proceso mortal, sobre todo en los casos del denominado síndrome "pálico". Merkel citado por Roxin; defiende la tesis de que en las personas que sufren el denominado síndrome "pálico", es decir, casos en que el paciente aquejado de una enfermedad grave ha perdido irreversiblemente la conciencia, deben acceder a la eutanasia. En estos supuestos se habla de un síndrome "pálico" (o también de coma profundo) en el que la corteza cerebral, el palio, paraliza definitivamente la función vital del tronco cerebral. El tratamiento podría ser interrumpido, incluso aunque falte cualquier indicio sobre el que

fundamentar su paralización anticipada.⁸⁶ En la misma cita de Roxin además desde la filosofía jurídica, se expresa análogamente Hoerster al decir que: “La más alta de las divisas no debe rezar - ante la duda a favor de la vida - sino - en caso de duda contra un tratamiento que prolongue la vida”. De ello deduce que desde un cimiento de lógica “con pacientes enfermos incurables e incapaces para decidir se requiere la voluntad presunta, no dice el maestro alemán para decidir la interrupción del tratamiento, sino para la continuación del mismo.⁸⁷ No pudiendo ser investigada dicha voluntad presunta de que se desea continuar el tratamiento, tampoco (como correlato) podrá partir de aquélla su puesta en marcha.⁸⁸

Aunque lo normal en estos casos sería el acudir a los ya designados DVA (Documentos Anticipados de Voluntad) cuyo reconocimiento legal se hace del todo necesario para proteger el derecho de los enfermos a la propia libertad de decisión ante las prescripciones e indicaciones médicas. A través de este expediente - contenido y regulado en los proyectos de Ley en tramitación en el Congreso Nacional sobre derechos de los pacientes - veremos en su oportunidad se consolidará el respeto a la autonomía personal, impidiendo que se realizasen

⁸⁶ ROXIN C. “*Tratamiento Jurídico*” ob. cit. pag 10; cita al autor sin indicar fuente.- En el mismo sentido Nuñez Paz; “el médico no puede estar obligado a la prosecución ad infinitum de un tratamiento artificial. La omisión de su prosecución es, por el contrario, una conducta adecuada al ordenamiento jurídico”. NUÑEZ PAZ M., “*La Buena Muerte*” ob. cit, 2006, pag. 119

⁸⁷ ROXIN C. idem.- Dice a su vez Núñez Paz “Continuar el tratamiento cuando carece de sentido, sin beneficio alguno para el paciente en cuanto que no existen expectativa de recuperación de la conciencia sino tan sólo de prolongación de la agonía, constituiría un ataque a la dignidad humana. Tales actos podrían incluso constituir “tratos inhumanos y degradantes” expresamente prohibidos por la constitución”. NUÑEZ PAZ M., “*La Buena Muerte*” ob. cit, 2006, pag. 116

⁸⁸ Queda la duda si en algunos casos, el síndrome pánico pueda asimilarse al concepto de muerte cerebral, definida para nuestro sistema por el Tribunal Constitucional en términos de que: “la abolición total e irreversible de las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano” (sentencia rol 220-1995); Aunque los ministros Bulnes, Faundez y Jordán estuvieron en contra de este concepto porque extralimitaba las competencias del T.C. dado que la ley no lo define expresamente. Con todo, la asimilación en algunos casos del síndrome pánico al de muerte encefálica facilitaría la interpretación normativa del acto de retiro de medios al paciente.-

procedimientos contrarios a los deseos del paciente; si bien como se indica arriba por Roxin, muchas voluntades pueden respetarse sin la necesidad de este documento y en base a la denominada voluntad presunta. Sin embargo la existencia del documento puede indudablemente en la práctica chilena llegar a ser muy útil, sobre todo, si logran acercarse a los enfermos reales y en la medida que ellos reflejen claramente sus voluntades; asimismo, el nombramiento de representantes y la renovación de los documentos en la medida que evolucione la enfermedad conocida, son importante recomendaciones en el contexto europeo donde los DVA han comenzado a obtener una fuerte sanción y reconocimiento administrativo.-

No obstante señala Roxin que habiendo renunciado el paciente a la redacción de sus instrucciones, en verdad su voluntad presunta todavía puede ser indagada mediante otros indicios; no obstante, su menor carácter inequívoco se compensa por el hecho de que la renuncia del paciente que todavía es capaz de adoptar decisiones a una declaración de voluntad decidida, suscita un escaso interés en esta problemática “En estos supuestos, al quedar poco clara la conclusión, sencillamente no se debería –y con ello disiento tanto del Tribunal Supremo Federal como de las opiniones de Merkel y Hoerster opuestas a él- proseguir su tratamiento *ad infinitum* bajo el lema “in dubio pro vita”, ni tampoco interrumpirlo siempre bajo la tesis “in dubio contra vital”. Más bien debería decidirse sobre la base de los indicios de mayor importancia”.⁸⁹

⁸⁹ ROXIN C. “*Tratamiento Jurídico*”. pags 7; 10

1.3.4 Cuarta Clasificación: La Eutanasia Activa

No existe discusión, en nuestra época y contexto histórico de la punibilidad de la denominada eutanasia activa y luego de haber circunscrito nuestro análisis al ámbito médico, diremos que nos encontramos en general frente a un profesional que obrando consensuadamente y en interés exclusivo de su paciente, cuyo curso vital se encuentra extraordinariamente comprometido por una severa patología; una dolencia irreversible de la vejez o un grave accidente, resuelve abreviar dicho curso, clausurándolo activa y directamente, con el fin de evitarle crecientes padecimientos físicos o psíquicos. En tales casos no se trata de omitir un tratamiento en principio inútil o de aliviar los sufrimientos de un paciente en estado terminal, sino de abreviar la vida de quien teniendo aún amplias perspectivas de sobrevivencia no puede, sin embargo, llevar esa sobrevivencia dignamente.⁹⁰

Es conveniente tener en consideración lo que, sobre el tema, se sostiene en la Declaración sobre la Eutanasia de la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica: "Es necesario reafirmar con toda firmeza que nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una

⁹⁰ NIÑO L. ob cit. 1994, pag 110, asimismo POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob cit. pag. 40

ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad".⁹¹

De conformidad a la opinión completamente dominante de la doctrina nacional la eutanasia activa, en el sentido arriba indicado, es una figura típica de conformidad con el Derecho Penal Chileno, asimilable al homicidio simple o la colaboración al suicidio, ello a partir de la inexistencia de figuras atenuadas como el homicidio a petición; o como sucede en el derecho Penal Alemán de situaciones impunidad al auxiliador del suicida. A objeto de establecer parámetros de diferencia entre éstas figuras me abocaré a un análisis más detallado de estos conceptos y figuras.

a) En cuanto a la punibilidad de la colaboración en el suicidio; de conformidad con las normas penales y a diferencia, como señalara, de las disposiciones del derecho alemán – la colaboración o auxilio al suicidio es punible desde se que castiga con presidio menor en su grados medio a máximo, al que con conocimiento, es decir, a sabiendas preste auxilio a otro para que se suicide, debiendo para ello concretarse el efecto o consecuencia muerte (condición objetiva de punibilidad), de modo que sólo serían impunes las situaciones de iter criminis imperfectas (no hay complicidad en un delito inexistente).

Si bien la figura del suicidio guarda interés en este plano de estudio de la eutanasia; es menester acotar que el suicidio asistido, como a veces se denomina a la figura en comento, no es asimilable siempre a la figura de la eutanasia directa

⁹¹ SAGRADA CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE, "*Declaración lura et Bona sobre la Eutanasia*" Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rccon_cfaith_doc19800505_eutanasia_sp.html (fecha consulta marzo 2007)

voluntaria; o dicho de otro modo, los casos en que el acto deliberado busca poner fin a la existencia de otro por razones de piedad; pues, como ya se adelantaba en las palabras de la profesora Vivanco; no basta distinguir en el dato sobre si el control del acto o dominio del hecho, si se quiere, deja o no de permanecer en las manos del sujeto pasivo como antecedente *sine qua non* de un suicidio, sino además por un elemento anímico a considerar, las causas que mueven a éste a asistir al suicida pueden ser de naturaleza humanitaria –como en la eutanasia– porque el autor está gravemente enfermo o sufriendo, pero también pueden existir otras muy diferentes; como un auxilio prestado a cambio de una retribución económica, o cumpliendo una orden de un superior o de una persona que tiene cierta ascendencia moral sobre este, etc.⁹² De allí su conclusión acertada de que la figura del suicidio asistido; es en ocasiones una especie del género eutanasia pero en ningún caso asimilables.⁹³

b) ¿Qué sucede en los casos de suspensión del tratamiento ante procesos no terminales o mortales? La denegación a la diálisis; la desconexión al pulmón artificial; el abandono del tratamiento de un cáncer curable o a menos con diagnóstico favorable probable. Sin duda el desinterés del sujeto, paciente, radica en un ánimo suicida y a pesar de ello el médico no prestará en general, una colaboración determinante en el proceso, salvo en los casos en que esta en juego su calidad de garante o responsable, ante lo cual si mediará una posible figura

⁹² VIVANCO MARTÍNEZ A. “*La Eutanasia...*” .op cit

⁹³ Tampoco debe confundirse (el auxilio al suicidio) con la eutanasia, ya que en ésta muchas veces no media solicitud alguna. La eutanasia a petición del sujeto pasivo es una especie de homicidio suicidio, pero aquella en la que no medie tal petición, no es sino una especie de homicidio, sin mas.- CARBONELL MATEU Juan Carlos - Varios Autores – “*Derecho Penal, Parte Especial*”, Segunda Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, pag. 87

típica de conformidad al papel o rol en la ejecución del acto mortal.⁹⁴ De este modo, de acuerdo a nuestra doctrina, como hemos comprobado y a la jurisprudencia (como se constatará en el capítulo siguiente de la tesis), debe ser responsabilizado penalmente quien posibilita la muerte aunque libre y voluntaria de otra persona no obstante padecer graves sufrimientos, ya sea, colaborando a detener un procedimiento o tratamiento vital; dejando a disposición del paciente una dosis venenosa de medicamentos o un arma. Castigando el hecho con las penas previstas en el artículo 393 del CP a quien suministra esta dosis toxica o pone fin de propia mano a una actividad médica sustentadora de la vida (salvo para el caso del personal medico a quienes la calidad de garantes del bien jurídico les hace directamente responsable del acto mortal en calidad de homicidas como propone el profesor Garrido Montt conforme a la nota a pie página); máxime si se actúa ejecutando el acto mortal, pues se trataría derechamente de un autor de homicidio según el tantas veces citado artículo 390 del CP.

En este párrafo resulta de interés rescatar un fallo de 2001 emanado de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que se aparta del criterio general. En su virtud el Tribunal de Alzada sobreseyó completamente a un médico y la esposa de un paciente, pues ambos habían respetado la voluntad del enfermo. El paciente, quien no era un Testigo de Jehová, padeció de una hemorragia digestiva alta y se negó a

⁹⁴ GARRIDO M.; *“Derecho Penal tomo III Parte Especial”*. 2002, ob. cit. pag 131 señala el profesor: “Es el caso del enfermero que no impide que el paciente a su cuidado se saque la máscara de oxígeno que lo mantiene con vida, y el suicida tiene éxito, no incurre en auxilio al suicidio, **sino en homicidio por omisión** (la negrilla es nuestra) porque sobre él pesaba la obligación de velar por la existencia de esa persona, frente a los peligros de cualquier clase que pudiera sufrir en el ámbito de su posición, aun los provenientes de la propia víctima”. Además POLITOFF- GRISOLIA – BUSTOS; *“Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos Contra el Individuo en sus Condiciones Físicas”*, Segunda edición, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006 pag 356: “El deber de garante es impedir el resultado mortal para lo cual no tiene importancia cual es el curso causal que va a provocar ese resultado y que el garante debe detener o eliminar”.

la transfusión de sangre. El médico y la esposa del paciente –quien sí era Testigo de Jehová– respetaron la voluntad expresada. Debido a una condición hemodinámica muy compleja el paciente murió. Los familiares se querellaron contra el médico y la esposa del paciente. “Dos años más tarde la Corte absolvió completamente a aquellos que respetaron la voluntad del paciente, el consentimiento informado, la autonomía, la dignidad y su libertad. Afortunadamente, la enfermera había escrito en la ficha clínica que el paciente no había consentido con la transfusión sanguínea. Uno de los jueces estuvo por declarar que los hechos investigados no eran constitutivos de delito. Así, se establece una vez más que el único titular de la voluntad es el paciente y aún en estado de inconciencia”.^{95 96}

c) Solo a fin de compartir algunos criterios, debiese resultar indiscutible para el derecho nacional que la punibilidad atenuada de la colaboración al suicidio de un tercero únicamente tiene lugar en el suicidio de una persona capaz; de allí que, quien colabora o ayuda al próximo aquejada de una grave alteración de su personalidad o deficiencia en su raciocinio debe ser castigado como autor de un homicidio; incluso en su caso, de asesinato (artículo 391 del CP de concurrir las circunstancias enunciadas en el precepto).-

⁹⁵ Herederos de O. Redondo T. Juzgado del Crimen de Quillota. Rol. 44.941-3. Iniciado el 2 de junio de 1999 y sobreseído definitivamente el 14 de enero de 2002.” Citado por RETAMALES P. Avelino; “**Autonomía del Paciente: Ejemplo de los Testigos de Jehová**”; Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, Volumen 71 Nº 4; Editorial Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología; Santiago, 2006, pag. 45

⁹⁶ Frente a esta disyuntiva es que, para los fines de desvincular al médico de su posición de garante el Proyecto de Ley que actualmente se tramita para los fines de establecer los derechos y responsabilidades de los pacientes en el sistema de salud chileno, propone en su artículo 20: “En el caso que la persona, en virtud de los artículos anteriores, expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá solicitar el alta voluntaria. Asimismo, en estos casos, la Dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa” Boletín 4398-11, disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (fecha consulta septiembre de 2007)

Como en todos los ámbitos del Derecho, existen por otra parte, casos fronterizos entre el suicidio asistido o colaboración al suicidio (si se quiere) y la figura del homicidio a ruego eutanásico, que pueden crear dificultades. Al decir de Roxin su distinción radica en que: “quien desea morir comete personalísimamente el suicidio, esto es, cuando conserva en su mano el - dominio sobre el momento que le conduce a la muerte”.⁹⁷ Quien, por el contrario, se deja disparar, abandona a otro la decisión irremediable del acto ante cuya ejecución, quizás, él mismo todavía podría haberse amedrentado. En este caso, el extraño soporta la responsabilidad última por la muerte de la víctima y, por ello, su comportamiento es punible”.⁹⁸ Finalmente, es necesario asentar que la punibilidad de la participación en el suicidio surgirá para el personal médico, en los casos en que concurran sobre éstos los presupuestos propios de una posición de garante, al no salvar al suicida adoptando cualquier medida profesional idónea para evitar el deceso. (Lo anterior porque sabemos, la participación activa en el suicidio, se castiga mediante el expediente de dar un rodeo a través de una construcción omisiva por la vía de la comisión por omisión).

⁹⁷ ROXIN C. “**Tratamiento Jurídico**”. ob. cit pag 12

⁹⁸ ROXIN C. *idem*

2.- Capítulo Segundo: La disponibilidad del fenómeno de la vida desde el derecho y la doctrina nacional.-

Nuestra legislación trata en el Código Penal, los delitos contra la vida de modo desperdigado o asistemático, en él se tipifican figuras relativas al “dar muerte a otro”, con ocasión de la penalización de delitos variados (contenidos en títulos diversos), tales como el secuestro o la violación con resultado de muerte. Es señero de lo anterior la ubicación en el texto de figuras como el aborto y el homicidio.

Lo concreto en este caso, es que la doctrina tradicional chilena ha sostenido de modo prácticamente absoluto, al bien jurídico vida, como un valor indisponible;⁹⁹ considerando en el concepto de “el que mate a otro” la vida del ajeno sin importar “que su titular sea hombre o mujer; niño o anciano, de cualquier color o raza, viable o no viable con o sin capacidad de sobrevivir después de haber nacido”.¹⁰⁰ Apreciándolo de tal modo que la punibilidad es notoria y severa, aun tratándose de fases primarias de un iter criminis y de toda participación posible en sus atentados.-

La protección del bien en cuestión incide por otra parte, en la problemática abordada por los autores chilenos sobre la definición del fenómeno vital y la

⁹⁹ Nomenclatura que Zaffaroni critica por cuanto, según su convicción: “esta afirmación de que existen bienes jurídicos indisponibles proviene de la confusión consistente en identificar disposición con destrucción.- Por ende la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida que siempre es limitado. Sin embargo, mas allá de esta precisión, está claro que el derecho, en el caso de la vida exige en recaudo de que sólo sea atípica la destrucción directa por el propio sujeto”; ZAFFARONI Eugenio; *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*. Editorial EDIAR, Primera edición, Buenos Aires, 2005, pag. 370

¹⁰⁰ GARRIDO M.; *“Derecho Penal Tomo III Parte Especial”*. 2002, ob. cit. pag 22; además: POLITOFF- GRISOLIA – BUSTOS; *“Derecho Penal Chileno.”* 2006, ob. cit. Pag 354: “El bien jurídico de la vida humana existe con independencia de la voluntad de vivir de su titular”. En el mismo sentido NOVOA MONREAL *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, 1966, ob. cit. pag 413.- Así dice además ETCHEBERRY Alfredo; *“Derecho Penal”*, ob. cit. Tomo III pag 41: “Tratándose de delitos contra la vida el bien jurídico protegido es considerado no disponible por el interés social comprometido en su conservación”

consecuente definición de muerte; necesidad que surge en situaciones como la de donación y trasplantes de órganos. Es menester, por ende, establecer el término o clausura del fenómeno de la vida, fijándose enseguida con argumentos algo complejos, el punto hasta dónde y cuándo debe considerarse una vida humana como un bien existente y digno de resguardo jurídico.

Asimismo, el criterio absoluto de la indisponibilidad del bien jurídico vida, y su tratamiento como supremo bien intransable e inviolable ha tenido desde siempre voces críticas; más allá del caso emblemático de la legítima defensa; en el cual la situación de protección al bien jurídico es un argumento razonable. La existencia de otras situaciones como la pena de muerte; la guerra o agresión armada, especialmente aquella que emana en los parámetros de autorización internacional; hacen del presupuesto deontológico una verdad con pies de barro, sobre todo, desde la perspectiva del ciudadano que pide autonomía y del Estado que la niega basándose en esta extraña y frágil santidad.¹⁰¹

Es por ello que algunas legislaciones europeas han decidido; reconocer que el principio absoluto cede frente a la realidad y fundados en las razones de humanidad; dignidad y libertad o autonomía personal resuelven despenalizar acciones en que se dispone o afecta la vida de un tercero ya que como reconoce Angela Vivanco “El atentado contra la vida no estaría motivado por el deseo de acabar con ella en beneficio propio, o para satisfacer un capricho, un deseo de venganza o cualquier clase de motivación egoísta, sino precisamente por fines

¹⁰¹ “...ni aun en los marcos de mas amplia protección de la vida, nunca se han dejado de establecer excepciones mas o menos llamativas a este principio...” CASADO Mario – CAPELLA Juan Ramón y Otros, *“En el Límite de los Derechos, La Controversia sobre la Eutanasia”*, Editorial EUB, Barcelona, 1996, pag. 170 además NIÑO L. ob cit. 1994, pag 41

altruistas, lo que significarían estimarla como una conducta impune o atenuada respecto del homicidio”.¹⁰² Pero, en general tratándose del bien jurídico vida se predica, por la doctrina nacional – como se viene adelantando- su total indisponibilidad, al decir de Etcheberry; “Son entonces bienes jurídicos sobre los cuales no cabe consentimiento o acuerdo la seguridad exterior e interior del Estado, la administración pública, la administración de justicia, la fe pública, la tranquilidad y seguridad públicas, el orden de las familias –con ciertas excepciones-, la moralidad pública, la vida, y la salud”.¹⁰³ Por lo cual el acuerdo de voluntades o la petición expresa del sujeto pasivo no juegan a favor de la impunidad a quien dé muerte o a quien lo auxilie para suicidarse.

Es cierto que la postura jurisprudencial y de los jurisconsultos chilenos ha sido invariable, aunque ello no detiene voces de, cada vez, mayor presencia en el debate, que en función de las figuras eutanásicas, pretenden conceder valor al consentimiento del paciente (o bien sujeto pasivo), considerando las circunstancias propias de la situación, en ocasiones, de dolor inútil terminal o de vital indignidad que le afectan, sosteniéndose con mayor fuerza y desde hace algunas décadas el carácter de disponibilidad de aquella vida. En palabras de Rios Arenaldi “En una sociedad pluralista y democrática no puede ignorarse que la decisión de alguno de concluir sus días, por mano propia o ajena, puede constituir la máxima expresión de la libre autodeterminación de la vida, más aún si quien decide lo hace libre, espontánea, y expresamente, y sin que sea de justicia exigir u obligar a vivir a quien no quiere hacerlo porque, de otra manera, se reduce al hombre a medio y no se le

¹⁰² VIVANCO A. “*La Eutanasia Ante El Derecho*”, op cit. 2006 pag 8

¹⁰³ ETCHEBERRY A. “*Derecho Penal*” ob cit. Tomo I 1997 pag 28

contempla como fin en si mismo”.¹⁰⁴ En base a estos fundamentos se debería considerar la existencia de un “derecho a morir” o derecho a la muerte; cuestión que hemos afirmado, difícilmente será por lo pronto aceptado en nuestro medio; no obstante la fuerza con que las nuevas posiciones alentadas por los avances del derecho europeo especialmente del caso alemán y español se han asentado en el plano de la discusión valórica y jurídica.

Desde el debate de la eutanasia, y en síntesis un punto definitivo de análisis de la realidad chilena como piso ineludible; es la indisponibilidad de la vida “pues la protección de la vida es amplia y operará a pesar de la voluntad del titular de ese bien; porque no es un bien disponible conforme a los deseos del dueño”.¹⁰⁵

Enseguida; tres son los temas accesorios que resta por aclarar en este plano de análisis eutanásico:

1.- El concepto de Vida, ahora desde la perspectiva del momento en que de acuerdo a nuestro sistema se considera existente y el punto de clausura del bien jurídico; pues como hemos visto en la supresión de una vida vegetativa en situación irreversible, la impunidad de las conductas activas u omisivas, de autoría o participación pueden asentarse básicamente en la inexistencia de bien jurídico vida humana independiente, lo que impide, ya la calificación en torno al tipo de homicidio. De allí, surge en primer término la ineludible necesidad de acceder a una calificación del fenómeno vida, a fin de establecer con claridad donde es posible

¹⁰⁴ RIOS ARENALDI Jaime; “*El Consentimiento en Materia Penal*”; Revista Electrónica del Centro de Estudio de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Tesis de Magíster, Universidad de Talca, 2006. Nº 1, A6, 1-37. disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf (fecha consulta marzo 2007)

¹⁰⁵ GARRIDO MONTT M.; “*El Homicidio y Sus Figuras Penales*”, Segunda Edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994.- pags 117 y 119

alegar una salvaguarda jurídica o bien desechar los atentados a fenómenos solo aparentemente vitales.-

2.- El derecho a morir y los casos jurisprudenciales emblemáticos en el sistema jurídico chileno; el límite de la autonomía y del poder estatal en la consideración del fenómeno vital

3.- La colisión de los valores y bienes jurídicos desde la perspectiva legal y constitucional especialmente desde el argumento de la dignidad de la vida.-

2.1 Los límites fenomenológicos del Bien Jurídico Vida.

Es un antecedente no debatido para estos fines que la existencia legal de la persona principia con el parto, lo que en materia de derecho penal es lo mismo que hablar del nacimiento; en palabras de Etcheberry, la separación completa a que alude la normativa Civil, no se refiere tanto al concepto material de distancia espacial entre los cuerpos de la madre y del hijo, como sí al concepto fisiológico de vidas separadas, independencia biológica de ambos, esencialmente referida a las funciones circulatorias y respiratorias.¹⁰⁶ En materia penal el parto es la expresión indicativa del comienzo de la vida autónoma de la criatura; desde ese aspecto fenomenológico es posible diferenciar las figuras de aborto y del homicidio (o considerarlo infanticidio en su caso), que puede eventualmente adjetivarse de eugenésico, ya que como hemos señalado las variantes de eutanasia siempre tendrán en vista un bien para el sujeto pasivo, por lo que no es posible denominar eutanasia la eliminación de las llamadas vidas sin sentido que, no obstante sus

¹⁰⁶ ETCHEBERRY, “*Derecho Penal ..*” ob cit .Tomo I 1997 pag. 37. En igual sentido; GARRIDO M.; Derecho Penal tomo III Parte Especial.2002, pag 26; asimismo, POLITOFF- GRISOLIA – BUSTOS; “*Derecho Penal Chileno ..*” 2006, ob. cit. pag 59

deficiencias; taras o deformidades constituyen en definitiva vidas plenamente protegidas por el derecho penal. Una cuestión diversa a estas alturas es la adecuación del actuar médico frente a existencias no viables, pues en esos casos y teniendo en vista las clasificaciones analizadas, en la aplicación de fármacos destinados a aliviar un mal pero colateralmente acelerando el un deceso de un recién nacido; en el retiro o no iniciación de procedimientos terapéuticos o en la omisión de actos de nutrición e hidratación, deberán aplicarse los criterios propios de la eutanasia; indirecta; pasiva o activa en su caso.-

El fenómeno de la muerte importa en materia eutanásica; en especial; desde la perspectiva de la llamada eutanasia pasiva, indisolublemente concebida y definida en base al retiro o desconexión de aparatos vitales y auxilios tecnológicos al paciente terminal.

La muerte, en palabras de Garrido es una noción de orden naturalista que para efectos jurídicos sin embargo tiene carácter normativo,¹⁰⁷ fundamental resulta, pues, más que el concepto tradicional e histórico de muerte real o clínica, como una cesación de la vida diagnosticada a partir de la cesación de funciones corporales elementales, el análisis de la noción de muerte cerebral, que no es otra cosa que una definición normativa cuyo fin es considerar esta situación como una noción equivalente a la muerte clínica, estableciendo la legislación sobre transplantes y donación de órganos la liturgia técnica destinada a certificar de manera unánime e inequívoca el punto del sin retorno neurológico. Pues como bien sabemos la definición de la muerte clínica era el concepto válido hasta hace algunas décadas,

¹⁰⁷ GARRIDO M.; "Derecho Penal tomo III Parte Especial" ob. cit. .2002 pag 27

pero hoy en día aceptamos que una persona podría estar viva aún sin un riñón corazón o pulmón. Órganos que la ciencia permite paulatinamente ir reemplazando, pero, lo que no puede reemplazarse sin duda es el cerebro. De allí que nuestro legislador recogiera el criterio de la muerte cerebral como en tantas otras legislaciones. Es un hecho, además, que cuando el cerebro deja de funcionar de manera irremediable, el ser humano deja de ser un organismo apto para el cumplimiento de sus posibilidades potenciales y ese cuerpo pasa a ser un mero continente con órganos actuando de un modo ajeno al sentido teleológico del ser persona. Esto quiere decir que determinamos la muerte basados en un criterio encefálico; lo que se manifiesta en el texto del artículo 11 de la ley 19.451 sobre Transplante y Donación de Órganos, la que, para fines de certificar el fallecimiento exige que: “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:

- 1.- Ningún movimiento voluntario observado durante una hora.
- 2.- Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador, y
- 3.- Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

Es evidente que constatado lo anterior, estaremos en presencia de un cadáver y por consecuencia el retiro de los medios técnicos para la prolongación de la existencia no deben ser considerados ya, desde ese instante, un acto eutanásico. El punto de conflicto surge desde el momento en que se concibe que la muerte

encefálica así definida por la normativa no es en estricto rigor sinónimo de muerte cerebral; a pesar de la asimilación que normativamente se realiza pues; como se advierte el encéfalo y el cerebro son órganos diferenciables desde su función y un sujeto en estado vegetal puede manifestar funciones encefálicas; lo que plantea el problema como abordaremos en un capítulo siguiente; de sujetos vivos para el criterio normativo en estado tal que carecen de "conciencia de su propia existencia y del mundo que lo rodea".¹⁰⁸ Por otra parte; tratándose de personas que no serán donantes de órganos y sin la concurrencia de las certificaciones que la ley 19.451 exige, estaremos en la práctica frente a personas jurídicamente vivas para quienes el retiro de medios extraordinarios (usando una terminología canónica), constituirá eutanasia del tipo pasiva.

En general, la solución legal no es pacífica desde el punto de vista técnico médico, ya que no se puede eliminar o prescindir la posibilidad a diagnósticos equivocados habida consideración de un informe del Comité de Ética del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, que en su parte pertinente expresa: "hay que señalar de partida que el electroencefalograma de por sí y por repetido que sea no permite hacer el diagnóstico de muerte encefálica. El único valor que tiene es señalar que si hay actividad eléctrica encefálica, no se está en muerte encefálica; por el contrario, si está plano y este estado se mantiene en un examen repetido, idealmente, 24 horas después (algunos aceptan hasta un mínimo de 12 horas de intervalo entre los dos electroencefalogramas, lo que da una certeza menor), hay fuertes elementos de sospecha de muerte encefálica, pero ninguna certeza al respecto" En forma coincidente con lo anterior, se expresa en el informe sobre la materia: "quisiéramos

¹⁰⁸ GARRIDO M.; "Derecho Penal tomo III Parte Especial" ob. cit. 2002 pag 30

agregar que el estado del cuerpo de la persona en muerte encefálica, que es la que interesa para el trasplante de órganos, bajo ningún concepto puede considerarse como un cadáver. Subsiste un funcionamiento del organismo como un todo, pues persiste la nutrición de todas las células del organismo. Quien está en muerte encefálica, por lo tanto, no es un cadáver”.^{109 110}

2.2 - El derecho a morir en el sistema jurídico nacional. (desde la perspectiva jurisprudencial)

El análisis de este punto en específico requiere como partida, la exposición y los comentarios sobre un caso paradigmático en el sistema jurisprudencial denominado “El Caso de los Ayunantes” o también “del Párroco de San Roque”; cuyo origen radica en un recurso de protección interpuesto el año 1984, por las autoridades de la Pontificia Universidad Católica en contra de un grupo de estudiantes que mantenían una huelga de hambre en protesta a medidas disciplinarias que les afectaban en lo personal como a compañeros de estudios expulsados de dicho establecimiento; el recurso pretendía el término de la huelga y de la colaboración que el párroco señor Gerald Wheelan les prestaba en su parroquia; fundándose en

¹⁰⁹ El informe, es parte del texto de una “cuestión de constitucionalidad” interpuesta ante el Tribunal Constitucional mediante un requerimiento suscrito por trece senadores, invocando para ello la facultad establecida en el número 2° del artículo 82 de la Carta Fundamental. Causa rol 220 del Tribunal Constitucional, inserto a fojas 5 del escrito respectivo, citado además por BANDA VERGARA Alfonso; “*Consideraciones sobre trasplante de órganos y Derecho a la Vida*”, en Revista de Derecho; Universidad de Valdivia Volumen 8 N° 1 Valdivia 1997; págs. 19-60

¹¹⁰ “Hoy día la ciencia médica no se conforma para certificar la muerte de una persona – que puede ser susceptible de facilitar órganos vitales – con su muerte cerebral, puesto que la inactividad neuroeléctrica cerebral puede deberse a un tratamiento previo de drogas depresivas del sistema nervioso central, La certeza de que la persona ha fallecido realmente se obtiene en el estado actual de la ciencia, con la certificación de inexistencia de riego sanguíneo cerebral; las pruebas auxiliares clínicas que facilitan esta información son la gammagrafía cerebral, la sonografía doppler transcraneal o la arteriografía de los cuatro troncos cerebrales” QUERALT JIMENEZ, Joan, “*Derecho Penal Español, Parte Especial*”, 1ª Edición, Editorial Atelier, Barcelona 2002, pag. 5

que con tal actitud “perturban y amenazan, primeramente sus derechos y garantías contemplados en el N° 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, ya que mediante dicha huelga perturban dichos derechos”. La doctrina esencial del fallo emanado de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 09 de agosto de 1984 expresa en sus considerandos esenciales lo siguiente:

“9º- Que el atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo que si bien no está penado por la ley, infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio. Como expresa Etcheberry en el tomo III de su "Derecho Penal", la uniformidad (sic- tal vez se quiso decir impunidad) del suicidio debido a la imposibilidad de sancionar a su autor, si éste ha consumado su propósito, no legitima de ningún modo el hecho aludido. Donde se aprecia claramente la ilegalidad en que están inmersos la tentativa de suicidio y el suicidio, es en la sanción que se emite el cooperador de este acto ilícito;

10º- Que en todo caso, los huelguistas y el Padre Wheelam, quien estaba al momento de la interposición del presente recurso, prestándoles albergue para la realización de su propósito, han procedido con arbitrariedad, esto es, contrariando a la razón y a la justicia, pues es de derecho natural que el derecho a la vida, es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra - pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de los otros, la inviolabilidad

de ella. Es lo que expresa don Rafael Fernández Concha en el Tomo III de su obra sobre Filosofía del Derecho, al insistir en que el derecho de vida, "no consiste ni se funda - en dominio directo sobre la vida, por cuanto tal dominio no lo tiene ningún hombre, respecto de la propia". En efecto, el dominio importa necesariamente una relación entre un sujeto y un objeto diferente, en tanto que el hombre y su vida, se identifican y son una misma cosa;

11.- Que, por otra parte la inviolabilidad de la vida por uno mismo, o por otra persona, es fruto de la civilización judeocristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas. Como expresa Etcheberry en su aludida obra de "Derecho Penal" "la integridad corporal y la salud no constituyen bienes disponibles" (página 114, Tomo III) (sic), de donde se desprende que todo atentado en contra de estos bienes, es, por decir lo menos, arbitrario e injusto".¹¹¹

Dicho razonamiento judicial, es sin duda un producto esperable y en nada novedoso del sistema jurisprudencial patrio, en que, en general, los argumentos fundamentales a diferencia de las sentencias de tribunales supremos alemanes y constitucional español; no son precisamente piedras preciosas de razonamiento jurídico; sino divagaciones de corte mas bien moralistas e histórico religiosos, ya que el argumento de que la inviolabilidad de la vida surge como "fruto de la civilización judeocristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas." interpretados según sus pareceres y conforme

¹¹¹ GACETA JURÍDICA 50 Santiago, 1984, pags 76 -79

convenga al caso concreto y adornado con referencia de autores como Etcheberry y Fernández Concha, revelan una pobreza criticable y provocan extrañeza de que en nuestro sistema una sentencia de tal naturaleza, mas allá de la rigurosidad de sus conclusiones, sentara una jurisprudencia, en general considerada por los autores chilenos a la hora de analizar el comportamiento de tribunales en relación al derecho a la vida y a la muerte.- Desde entonces autores como Eduardo Soto Kloss al comentar el fallo expresan que: "... el derecho a la vida se manifiesta -en este caso de autos- como el de conservación de la vida que se posee, proveyendo a la mantención de su integridad tanto corporal o física como síquica. Este derecho a la conservación de la vida, más inherente e intrínseco de la naturaleza humana - se le llega a llamar "instinto" de conservación-, implica un doble deber para todo hombre, para todo ser humano, para toda persona: uno, el de no atentar en contra de esa integridad respecto de la vida ajena, y el otro el de no atentar en contra de esa integridad respecto de la vida propia, autodestruyéndose, v.gr. por medio del suicidio, sea este inmediato, directo, como ingerir veneno mortal, sea mediato como huelga de hambre y esta *sine die*".^{112 113 114}

¹¹² SOTO KLOSS Eduardo, artículo "**Derecho a la Vida y Recurso de Protección**", en Revista Derecho y Jurisprudencia. Tomo 81, año 1984, primera parte, sección derecho, pp. 55 a 68 – Monografía en la que el profesor de derecho administrativo no ahorra en alabanzas al fallo: "Sentencia admirable, verdaderamente, ésta de la Corte de Apelaciones de Santiago (9.8.1984) que quedará en los fastos de la judicatura chilena. En los buenos jueces se vivifica y refulge el derecho" pag 68

¹¹³ Interesante resulta el pensamiento de Günther Jakobs sobre este tipo de argumentaciones: "El origen de la norma que sanciona el suicidio (o el homicidio a petición) no podría ser explicado sin considerar que Dios, en todo caso, no el ser humano, administra el comienzo y el fin de la vida, por tanto, sin considerar que el ser humano es una criatura, o dicho de modo secularizado, sin el entendimiento de la inmutabilidad de las "cosas naturales", como también del estar vinculado a una "idea ética". A ello se agrega: si el homicidio a petición es punible, pero la participación en el suicidio es impune, por tanto, si lo que es puesto de relieve es el actuar de propia mano, entonces probablemente también repercute el mito de que las manos de autor están manchadas de sangre, mas precisamente, esta reducción de la decisión sobre el "si" o "no" a un mito, pues no se trata de otra cosa" JAKOBS Günther, "**Sobre el Injusto del Suicidio y del Homicidio a Petición**"; traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Ancinetti; Universidad Externado de Colombia; 1996; Bogota pag. 23

2.2.1 Disponibilidad de la vida en los casos de huelgas de hambre

En general, fallos posteriores también relacionados al término forzado de huelgas de hambre han reforzado el criterio jurisprudencial chileno de una doctrina contraria a la disponibilidad del bien jurídico vida; así como la prohibición a situaciones de atentados al mismo.

Resulta paradójico que un fallo posterior y muy similar al dictado en recurso de Protección contra el padre Wheelam (09.08.1984) se haya emitido en contra de otro sacerdote católico. Es el caso del recurso “Intendente de la Región de Atacama con Párroco de El salvador”; en lo medular se ordena por parte de la Corte de Apelaciones de Copiapó a los servicios asistenciales, médicos y hospitalarios adoptar medidas tendientes a salvaguardar la vida de los huelguistas de hambre instalados en el recinto de la Iglesia de Potrerillos. Los que con el asentimiento del cura párroco señor Mariano Arroyo, efectúan un ayuno que excede todo carácter de penitencia o expiación preceptuado en el derecho canónico, amenazando con su actitud el derecho a la vida y a la integridad física u psíquica, “actividad ilegítima y perturbadora del bien jurídico mas esencial cual es el derecho a la vida”. Asimismo, se apercibe al cura párroco y cualquier otro tercero para que se abstengan de facilitar templos o locales para ese tipo de ayunos indefinidos, que importan de tal manera una cooperación al suicidio de producirse

¹¹⁴ Comentarios al fallo además se recogen por VIVANCO MARTÍNEZ, Angela; “**Bien Morir: Análisis Crítico de Jurisprudencia Constitucional y Penal**”; en Revista Ars Medica, Vol 2 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 2000 La Eutanasia Ante El Derecho”, disponible en: http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica2/10_Vivanco.html (fecha de consulta marzo 2007)

alguna muerte. ¹¹⁵ En el mismo, sentido un recurso de protección emanado del Director Nacional de Gendarmería dio origen a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, (30.10.1991), rol 2.268-91, (en sala los ministros señores Garrido Montt, Camposano Echegaray y Pfeiffer Richter, confirmada por la Corte Suprema el 08.11.1991 Rol 17.956, Sala ministros señores Aburto, Jordán, Zurita, Faúndez y Alvarez) acción deducida con el objeto de reducir a seis reclusos de la Cárcel Pública de Santiago que mantenían huelga de hambre; la petición - formulada por el Director del Servicio (Isidro Solís Palma)- se dirigía a que el tribunal declarara ilegal y arbitraria dicha actitud de los reclusos que atentaba en contra de sus vidas, y se autorizara al recurrente a poner fin a esa huelga mediante el uso de la fuerza si fuere necesario y la alimentación forzada. En general es criticable la acción deducida por el Servicio de Gendarmería, si se tiene presente como lo han hecho los propios ministros de la Corte: “que en cuanto tal autoridad y con las atribuciones que le confiere el reglamento carcelario (30.04.1928), posee poderes jurídicos suficientes para reprimir directamente los actos de indisciplina de los reclusos, como v. gr. una huelga de hambre” - tal como lo hace ver muy pertinentemente la prevención del ministro señor Pfeiffer-, pero aparece como una forma de coonestar por la vía judicial medidas administrativas que sin esta intervención del juez podrían haber suscitado mayor conmoción a la disciplina del recinto carcelario referido. Con todo, el tribunal de protección acoge la petición de la máxima autoridad carcelaria, con argumentaciones que son de interés transcribir; dice al efecto su considerando 2º : “Que de los antecedentes médicos

¹¹⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol LXXXIII, tomo 2 1986, pag 108 y sgtes. Se trata de advertencias hacia personeros de la Iglesia católica, al parecer menos rigurosos que el propio Soto Kloss en la interpretación de la Summa Teológica, en función de permitir el uso de la propia vida como instrumento de presión política.-

agregados a los autos aparece que si bien los procesados declarados en huelga de hambre presentan condiciones estables, durante los dieciséis días que se han abstenido de alimentarse han sufrido un detrimento físico ostensible lo que se constata con el notorio descenso de su peso como de las alteraciones de sus pulsaciones lo que involucra un serio atentado a su salud y la posibilidad de que sus vidas corran peligro; Que todo el ordenamiento público nacional evoluciona hacia el mayor respeto y protección de la vida del ser humano, lo que ha sido consagrado como un derecho fundamental en la Constitución Política del Estado en el artículo 19 N° 1 donde expresamente se señala que la vida y la integridad física y síquica de la persona es asegurada por dicha Carta Fundamental e impone en el artículo 50 inciso 2° como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos de esa naturaleza; Que estos principios han sido recogidos por la legislación de menor rango que la constitucional y, al efecto, suficiente es citar el Código Penal que en su artículo 494 N° 14 sanciona como delito, falta, la circunstancia de no socorrer o auxiliar a una persona que se encontrare herida, maltratada o en peligro de perecer, y en circunstancias de que se encuentre en despoblado; Que de los principios y normas sucintamente aludidas en las motivaciones que preceden se desprende que es deber imperativo de las autoridades públicas velar por la salud y por la vida de las personas que conforman su sociedad. Que en la especie, los reclusos en los establecimientos carcelarios están bajo la tuición de los funcionarios de Gendarmería de Chile y sobre éstos pesa la obligación de velar por su integridad física, su salud y su vida, y procede

por consiguiente adoptar las medidas para que pueden cumplir adecuadamente con esta obligación...”.¹¹⁶

También en uso del mismo criterio consta el recurso de protección rol 2292-2002 de la Corte de Apelaciones de Rancagua “Figueroa contra CRS de Rengo” a fin de obtener el traslado de un interno a un centro hospitalario en consideración a su estado de salud producto de una huelga de hambre, la que hubo de deponer forzosamente en virtud del fallo de la Corte de fecha 10 de diciembre de 2002.¹¹⁷ Con antelación, en 1995, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió por los mismos argumentos en causa rol 2839-95, un recurso del alcalde de la comuna de Peñalolén en contra de un grupo de pobladores sin casa del campamento “Esperanza Andina”, los que iniciaron huelga de hambre, con fines de hacer notoria su campaña motivada en problemas de carácter habitacional;¹¹⁸ el 6 de mayo de 2006, la Corte de Apelaciones de Temuco aceptó un recurso de protección presentado por el Director de Gendarmería, Sr. Alfredo Bañados, autorizando a que se practicaran exámenes médicos a presos de la etnia mapuche y se les otorgara asistencia profesional para que fueran alimentados incluso en contra su voluntad.^{119 120 121}

¹¹⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo LXXXVIII (1991), N° 3 (septiembre-diciembre), sección 5

¹¹⁷ Fallo disponible en: http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:115 Número Identificador LexisNexis: 25980

¹¹⁸ Gaceta Jurídica N° 138 pag. 80

¹¹⁹ Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=31149> (fecha de consulta agosto de 2007)

¹²⁰ El mismo criterio en otros casos interpuestos por Gendarmería de Chile respecto de reclusos como se aprecia en los causas rol 2268-91 contra “Casanelas Leiva y Otros” sentencia de la Corte Suprema, en lo medular indica: “Que todo el ordenamiento jurídico nacional evoluciona hacia el mayor respeto y protección de la vida del ser humano, lo que ha sido consagrado como un derecho fundamental en la Constitución Política del Estado en el artículo 19 N° 1, donde expresamente se señala que la vida y la integridad física y síquica de la persona, asegurada por dicha Carta Fundamental e informe en el

2.2.2 El caso de los Testigos de Jehová en Chile.-

A nivel internacional el debate sobre el derecho de morir; por razones de conciencia; principios religiosos y alegaciones de la primacía de la libertad y autonomía por sobre consideraciones ético constitucionales lo impulsan abogados y miembros de la Iglesia de Testigos de Jehová, especialmente frente a la oposición de sus fieles a recibir transfusiones sanguíneas alegando motivos de conciencia; casos judiciales emblemáticos los constituyen; el ya citado fallo del Párroco de San Roque y un fallo emanado de la Corte de Apelaciones de Copiapó, el 24 de marzo de 1992 que en lo medular señala: “Por otra parte, se autoriza

artículo 5º inciso 2º como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos de su naturaleza . Que estos principios han sido recogidos por la legislación de menor rango que la constitucional y, al efecto, suficiente es citar el Código Penal que en su artículo 494 Nº 14 sanciona como delito falta la circunstancia de no socorrer o auxiliar a una persona que se encontrare herida, maltratada o en peligro de perecer, y en circunstancias de que se encuentre en despoblado; Que de los principios y normas sucintamente aludidos en las motivaciones que preceden, se desprende que es deber imperativo de las autoridades públicas velar por la salud y por la vida de las personas que conforman su sociedad. Número Identificador LexisNexis: 11607; o en el mismo sentido en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 846-94 contra 40 internos identificados en la sentencia; G.J. Nº 165 pag. 77; de la misma Corte el rol 1595-96 en G.J. Nº 191 pag. 96. Humberto Nogueira Alcalá cita en su artículo **“El Derecho a la Vida en el Ordenamiento Jurídico Chileno”**, contenido en la Gaceta Jurídica Nº 207 pag. 07; sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, roles Nº 2.922-92, Nº 167-84 y Nº 1.561-92 y de Corte Suprema, Rol Nº 18.268 de 1984 y Rol Nº 20.000 de 1992, entre otras de igual tenor en el fondo.-

¹²¹ Con fecha 04 de diciembre de 2007 la Corte de Apelaciones de Temuco (Segunda Sala) autorizó a Gendarmería de Chile a internar en un recinto hospitalario, a cinco comuneros mapuches que se encontraban en huelga de hambre en la cárcel de Angol desde el 10 de octubre del mismo año. En fallo unánime, los ministros de la Segunda Sala del tribunal de alzada de la región, decidieron acoger el recurso de protección presentado por el director regional subrogante de Gendarmería, José Cornejo Vergara, quien pidió, se autorizara el traslado a un centro asistencial dado el prolongado ayuno de José Huenchunao, Héctor Llaitul , Florencio Marileo, Juan Millalen y Patricia Troncoso. El fallo señaló que, “la negativa a ingerir alimentos de los internos, si bien cae dentro del ámbito de su auto cuidado, libertad de conciencia y opinión, constituye un riesgo o peligro para sus vidas, por lo que es deber del Estado y sus agentes, velar por este supremo derecho humano, respetando dentro de lo posible, los demás derechos de los amparados”. Además, se declara que “la huelga de hambre de los internos, puede constituir un atentado contra sus vidas, por lo que, Gendarmería de Chile, a través de sus agentes, hará lo necesario con el objetivo de mantener el buen estado de salud de los internos, por lo que éstos, deberán acceder a la atención y prescripciones médicas”. Cabe puntualizar, que con el fallo, se autoriza a Gendarmería de Chile, en caso de urgencia, a internar a los huelguistas en un centro hospitalario, hecho que podría traer nuevos problemas, debido a que tanto huelguistas, familiares y amigos, se niegan al recibo de algún tipo de ayuda, pues quieren ser escuchados en sus demandas, que manifiestan, como el fin a lo que ellos llaman, persecución a la causa mapuche.- **“Corte de apelaciones de Temuco acogió recurso presentando por Gendarmería”**. artículo electrónico, disponible en: <http://www.fmorbita.cl/portal/content/view/492/1/> (fecha de consulta diciembre de 2007)

adoptar, aun contra la voluntad del paciente o de sus familiares la terapia que sea necesaria para el tratamiento de la enfermedad que este padece, incluida la transfusión sanguínea, pudiendo recabar para ello el auxilio de la fuerza pública", ya que del cotejo "de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados" considerando, entre otros elementos, que "el juramento y rol profesional del médico lo obligan a preservar la vida".¹²²

Otro fallo en tal sentido, es el que se aprecia en el recurso de protección resuelto por la Corte de Apelaciones de Coyhaique el 12 de septiembre de 2002 (rol 39-2002) cuyo considerando cuarto, expone: "En el caso que se conoce se puede constatar que se produce una colisión de derechos y deberes entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa y, por otro lado, la colisión de deberes del médico que se traduce en el deber de respetar la voluntad de su paciente y el deber de velar y resguardar la vida y la salud de éste, que lo obliga a hacer todo aquello que esta a su alcance para salvarle la vida por estar a su cuidado. Que, en este orden de cosas y si bien puede señalarse que no existe ordenamiento jurídico que otorgue protección de un derecho de manera absoluta, puesto que siempre pueden existir derechos que entran en tensión o contradicción y considerando el fundamento indicado en el motivo anterior, estos sentenciadores entienden que el derecho a la vida debe primar o prevalecer sobre el derecho a la libertad religiosa, considerando que el derecho a la vida constituye un derecho natural y fundamental

¹²² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, 2ª Parte, Sección Quinta (Santiago, 1992), p. 222

que el hombre posee en cuanto individuo y persona y por ello debe ser protegido y salvaguardado con preeminencia de cualquier otro”.¹²³

Con antelación y en el mismo orden de argumentos, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en un recurso de de protección del año 1995, rol 1030-95 de 2 de octubre de ese año, falla en su considerando séptimo que: "Debe primar la preservación de la salud y la vida de las personas sobre cualquiera otra consideración, aunque sea de índole religiosa, que ponga en riesgo innecesariamente la vida del enfermo".¹²⁴ Dicho Considerando es básicamente uno copiado textualmente del fallo del recurso de protección confirmado por la Corte suprema el 29 de enero de 2001, en causa rol 297-2001.¹²⁵

Lo que sin duda debe quedar fuera de todo análisis es el caso de menores o personas incapacitadas para dar u otorgar su consentimiento a la negativa de transfusión, por cuanto en esos casos, evidentemente, se trataría de una decisión

¹²³ citado por TORTORA ARAVENA; op. cit 2005. pag 229 (número de identificador Lexis Nexis versión digital 26047)

¹²⁴ Fundación de Salud El Teniente, por Jorge Reyes; I. Corte de Apelaciones de Rancagua, recurso acogido por sentencia de 22 de agosto de 1995, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 02 de octubre de 1995. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII año 1995, segunda parte sección quinta pag. 233 y ss.

¹²⁵ Retamales Avelino, en su artículo "**Lecciones que dejan los paciente adultos que rechazan las transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales**" contenido en Revista Ius Publicam, Universidad Santo Tomas, Santiago, Septiembre de 2003, Vol. VI N° XI, pág 99 y sgtes. En dicho texto el autor refiere una decena de casos relacionados a la postura de proceder aun en contra de las pretensiones de rechazo a transfusiones por parte de seguidores de la Iglesia testigos de Jehová, entre ellos: las causas rol 5844-91 de la Corte de Apelaciones de Santiago; rol 20-95 Corte de Apelaciones de San Miguel; rol 1030-95 Corte de Apelaciones de Rancagua; rol 3996-95 Corte de Apelaciones de Santiago (G.J. 187. pag. 62) ; rol 751-98 Corte de Apelaciones de Temuco; rol 402-98 Corte de Apelaciones de Valparaíso; rol 219-99 Corte de Apelaciones de San Miguel; rol 12720-99 Corte de Apelaciones de Antofagasta; rol 4293-00 Corte de Apelaciones de Santiago; rol 3935-00 Corte de Apelaciones de Santiago; rol 77-01 Corte de Apelaciones de San Miguel; rol 2496-02 Corte de Apelaciones de Santiago; rol 4041-01 Corte de Apelaciones de Concepción; rol 39-02 Corte de Apelaciones de Coyhaique; rol 754-031 Corte de Apelaciones de Santiago o el rol 1081-03 Corte de Apelaciones de Santiago.-

de morir o al menos hacer peligrar en bien jurídico vida, pero adoptada por otro. ¹²⁶

127

En relación a este punto, se presenta como novedosa una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de mayo de 2004, que se aparta de la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema que obliga a los testigos de Jehová a realizarse las transfusiones de sangre en protección al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, por cuanto en dicho fallo se ordenó al Director del Servicio de Salud Metropolitano suspender las transfusiones de sangre que se le realizaban a un menor, cuyos padres pertenecían a los testigos de Jehová, que como bien sabemos de acuerdo a sus creencias religiosas no se les permitía efectuarse transfusiones de sangre. Los padres sostenían que no había colisión entre el derecho a la vida y la libertad de cultos. La sentencia acepta que se apliquen

¹²⁶ Es el caso del Director del Servicio de Salud Metropolitano Central a favor de la menor Daniela Gaona contra de su madre Patricia Gaona, en fallo de Corte de Apelaciones de Santiago de 08 de marzo de 1997. Se resuelve dándose efectiva protección al derecho a la vida, el Servicio es autorizado a realizar los tratamientos que la menor requiriera incluida la transfusión de sangre. Gaceta Jurídica Nº 201 pag. 77 y ss.- En otro caso, que también afecta a un menor la Corte Suprema ha resuelto "Que la conducta en referencia, es manifiestamente ilegal y atenta en contra de la integridad física de la vida del menor de que se trata, violándose con ello la garantía constitucional del Nº 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por cuyo motivo procede acoger el recurso de protección deducido en autos, ya que de no efectuarse tal transfusión de sangre se pone en peligro, como se ha dicho, la vida del menor, toda vez, que éste es portador, según el informe médico de fojas 8, de una cardiopatía congénita cianótica, requiriendo una intervención quirúrgica, lo que implicará una importante pérdida de sangre. G.J. Nº 232 pag. 107.-

¹²⁷ Es por ello que el proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, actualmente en trámite ante el Congreso Nacional, toma resguardos respecto de las decisiones que se deban adoptar en los casos de negativas a tratamientos que afecten a menores de edad (así como personas incapaces de otorgar o manifestar su voluntad), al disponer dicho proyecto en su artículo 14: "Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. En el caso de los menores de dieciocho años y mayores de catorce, la expresión de voluntad deberá ser personal, sin perjuicio de lo cual, si el médico tratante estima que la situación del menor implica grave riesgo para su salud o su vida, podrá, con consulta al comité de ética que corresponda, consultar directamente a los padres o representantes legales. En caso que la voluntad manifestada por el menor difiera de la voluntad manifestada por su representante, será aplicable, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo 19. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá consultar su opinión, sin perjuicio que la decisión definitiva corresponderá a los representantes legales". Señala por su parte el artículo 19 : "En caso que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, podrá solicitar la opinión del comité de ética que responda"

procedimientos alternativos que en otros casos habrían producido resultados positivos. Destacamos esta sentencia porque utiliza una interpretación constitucional que podríamos llamar dinámica en razón de que toma en consideración la evolución social para sentenciar, al aceptar en el fallo procedimientos alternativos de curación y en virtud de esta posibilidad se rechaza el recurso de protección. Dice esta sentencia en su considerando 9: "que por estas razones, tal como lo dicen los recurridos no existió colisión de derechos fundamentales, esto es, entre el derecho a la vida y a la libertad de culto, porque existía una vía de solución alternativa probada en otros centros médicos y por otros profesionales de la medicina, para proteger la vida del infante, como el Hospital Sótero del Río, Clínico de la Universidad de Chile, etc." ¹²⁸

2.3- La colisión de los valores y bienes jurídicos desde la perspectiva legal y constitucional especialmente desde el argumento de la dignidad de la vida.

No obstante que el criterio en general de nuestros tribunales es el establecimiento de una suerte de principio de "Primacía de la Vida" por sobre otros derechos; valores o bienes jurídicos, también resulta atendible esbozar parte de la gruesa argumentación de que disponen los partidarios de esta posición entre ellos la destacada profesora de la Universidad Católica de Chile; ya citada tantas veces, Angela Vivanco Martínez, quien en una serie de artículos y textos propone que con la consolidación de las sociedades democráticas a fines del siglo veinte se ha

¹²⁸ Sentencia en Gaceta Jurídica Nº 289, 1984 pags 58 y siguientes, Comentarios de la profesora de derecho constitucional Luz Bulnes A. se consignan en su artículo *"El Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución de 1980"*, G.J. Nº 295 2005 pags. 12 y sgtes.

asentado un reconocimiento sin paralelo histórico a la libertad del hombre, lo cual conlleva al escenario de la disputa entre el establecimiento de una ética privada basada en que el sujeto es hoy más que nunca “libre para determinar la moral de la conducta, en otras palabras, para ordenarse de acuerdo con los propios principios”. Ello “ha originado en grandes sectores de la doctrina una firme convicción acerca de la libertad moral individualista”.¹²⁹ Centrando en esta controversia; entre la ética privada y la ética pública, lo medular del debate entre el supuesto derecho a morir basado en razones de conciencia y de dignidad y el asentamiento por parte del poder judicial de la indisponibilidad de bien jurídico vida, para esta autora es que a partir de la segunda mitad del siglo pasado, en materia de eutanasia se ha asistido al surgimiento por parte de tribunales y legisladores europeos y americanos en menor medida, a un cúmulo atribuciones o poderes ciudadanos que denomina “los nuevos derechos” representativos en algunos casos de garantías constitucionales y que han sido básicamente tres: “a) La lenta imposición del concepto de “calidad de vida” por sobre el de “sacralización o santidad de la vida” b) La consideración de que parte de la intimidad o privacidad del hombre representa el ejercicio autónomo de una serie de actos y la toma de decisiones sobre materias tan relevantes como la vida y la muerte. c) La concepción de que el consentimiento es el gran elemento de justificación de las conductas, al punto de relevarlas de reprochabilidad penal, toda vez que el tercero no actuaría bajo el supuesto del dominio del acto sino como

¹²⁹ VIVANCO MARTÍNEZ Angela; “*La Autonomía de la Persona Frente al Derecho a la Vida No Incluye el Derecho a Ser Muerto por un Tercero: La Solicitud de Asistencia al Suicidio y el Caso de Diane Pretty*” en *Acta bioeth.* [online]. 2002, vol.8, no.2, p.299-313 disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-X2002000200010&lng=en&nrm=iso. ISSN 1726-569X (consulta marzo 2007)

una suerte de instrumento o de herramienta de quien pide ser muerto o ser ayudado a quitarse la vida”.¹³⁰

Pero regresando al sistema constitucional chileno el derecho de mayor relevancia como se sostiene por los constitucionalistas, es el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona y por ello, entre los derechos enumerados en el Capítulo III de la Carta Fundamental, figura en primer término el derecho a la vida, demostrándose que en la enumeración del artículo 19 de la Constitución no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir, una secuencia jerárquica.¹³¹

En tal sentido discurren también, los considerandos de un Recurso de Protección fallado por la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia debidamente confirmada por la Corte Suprema el año 1992. El Director del Hospital de Copiapó a fin de resguardar la vida de un paciente de 20 años de edad que ingresa al Hospital el día 19 de marzo de 1992, con síntomas de hemorragia digestiva alta, la que ha derivado en un cuadro grave de anemia aguda que le pone en peligro de muerte en caso de que no se proceda a realizar transfusión sanguínea de inmediato, recurre de protección porque tanto el paciente como sus familiares se niegan terminantemente a que se le practique la transfusión de sangre porque argumentan, son Testigos de Jehová. La Corte autoriza provisionalmente la transfusión exponiendo que “en consideración del bien jurídico cuya protección se

¹³⁰ VIVANCO MARTÍNEZ Angela; idem

¹³¹ CEA EGAÑA José Luis “*Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*”. Presentación y Estudio Introductoria, Editado por Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1996, pag. 59

solicita y la necesidad urgente de cautelarla, ofíciase al Director del Hospital, para que disponga se aplique, aún contra la voluntad del paciente o de sus familiares, la terapia que sea necesaria para el tratamiento de la enfermedad que padece, incluida la transfusión sanguínea, pudiendo para ello recabar el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición debiendo informar a la Corte de las medidas que adopte”. La madre evacua informe como Testigo de Jehová, sostiene que su hijo sólo mostró una “melena” (deposición de color negro) y que el médico solicitó la intervención inmediata del paciente, lo que se hizo. La Corte finalmente resolvió, en su considerando sexto que “si bien es cierto que nuestra Constitución, en el art. 19 N°6, asegura a todos los habitantes la libertad de conciencia,(...), en este caso, habiendo conducido doña Luzmenia Bravo a su hijo al Hospital para ser atendido por el grave estado en que se encontraba, (...), del cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados, porque la recurrida solicitó atención médica para su hijo, a fin de preservar su salud y conservar su vida, disponiendo el hospital de los elementos humanos y materiales para que el paciente recuperara la salud y mantuviera la vida, proporcionándole al enfermo los auxilios médicos necesarios, entre ellos la transfusión de sangre, que lo han llevado a la recuperación. Que, por otra parte, el juramento y rol profesional del médico lo obligan a preservar la vida”.¹³²

Argumentar sobre este punto, en relación a las consecuencias; conclusiones y sub principios que derivan de la cuestión del derecho a la vida (y de la vida) sería extenso y ciertamente ajeno a la finalidad de esta tesis, salvo para el objetivo de

¹³² Sentencia citada en N° 122

plantearnos, que dada las cosas, el alcance del derecho protegido por la Constitución en este artículo 19 N° 1, no permitirá a la luz del peso de la hermenéutica doctrinal y jurisprudencial establecer que exista un derecho a la muerte o si se quiere, que se pueda disponer de nuestra propia vida, ello descontando las autorizaciones y procedimientos establecidos en la ley de donación de órganos, que reconoce a los ciudadanos el derecho sobre la propia persona, en cuanto este comprende la potencialidad de disposición sobre su cuerpo, al disponer de conformidad con el artículo 8° de la ley sobre trasplante y donación de órganos que: "toda persona plenamente capaz podrá disponer de su cuerpo o de partes de él" con fines de trasplante terapéutico.

En este caso es claro que se trataría de un objeto cuya "disponibilidad" estaría supeditada al fin de los días de su poseedor y además quien manifiesta su voluntad lo hace en consideración a que la muerte será, en su caso, previamente declarada oficialmente y no un producto o consecuencia de la voluntad del donante, en el evento de desconexiones y retiro de dispositivos.

Por otra parte como lo señala un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de octubre de 1991; es argumento de interpretación lógica en favor del principio de primacía del bien Vida, el que exista el delito falta contemplado en el artículo 494 n° 14 del Código Penal, penando la omisión de socorrer o auxiliar a una persona que se encontrare herida, maltratada o en peligro de perecer, y en circunstancias de que se encuentre en despoblado. Dicho argumento basta para establecer la existencia de la obligación jurídica y social de protección de la vida

ajena, argumento, que se enfrenta a la posibilidad de la existencia de un derecho a la propia muerte. Además, el ordenamiento penal sanciona la cooperación al suicidio y de ello se desprende que el derecho a disponer de nuestra vida adolece de reconocimiento y posibilidad, inclusive, vía interpretativa al penalizar el auxilio o colaboración prestado a quien procura suicidarse, ya que, como razonamiento del modo “a contrario sensu”; quien resuelve quitarse la vida actuaría dentro de su esfera de derechos y autonomía y de modo alguno debería por consecuencia, considerarse punible la actividad del tercero que facilita o colabora con esta actividad y determinación mortal.

Se debe reconocer, como anteriormente asentáramos, que un número limitado de autores ha venido, aunque de modo cada vez más persistente tanto en el medio jurídico como social; sosteniendo una tesis diversa a la de la primacía de la garantía de la vida; en base a argumentos, relacionados en algunos casos, a convicciones religiosas , como son los derivados de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre fundados la interpretación de pasajes bíblicos ubicados en Génesis 9:3, 4; Levítico 17:10 y Hechos 15:28, 29.¹³³

En general las cortes de apelación han desechado un tipo de argumentaciones basado en la libertad de conciencia; siendo uno de los casos más notables por la severidad de sus fundamentos el ya citado recurso rol 3569 de la Corte de

¹³³ RETAMALES Avelino op cit. 2006 pag 44: El primer pasaje contiene el mandato dado a Noé, de que la sangre no se debía consumir. La segunda cita, la cual fue provista a los israelitas, Dios advirtió que “cualquier hombre que comiera cualquier clase de sangre, ciertamente fijaría su rostro contra el alma que estaba comiéndola”, el tercer pasaje muestra la reunión celebrada en Jerusalén, donde los apóstoles y ancianos decretaron que los cristianos deberían “abstenerse de sangre”

Apelaciones de Copiapó, la que entre sus considerando plantea: “Resultando evidente que se encontraba el paciente seriamente amenazado, por la actitud de su madre, en el derecho a la vida e integridad física y síquica, puesto que de persistirse en su planteamiento, se puede inferir el progresivo deterioro de la salud y un posible desenlace fatal de no otorgarse el tratamiento aconsejado por su médico, arriesgándose innecesariamente la vida del enfermo.... perteneciendo la recurrida y su hijo –el paciente Luis Muñoz Bravo- a la religión Testigos de Jehová, que no permiten la transfusión de sangre, la validez jurídica de sus consentimientos para que no se realice un acto de esta naturaleza, supuesto un mínimo razonable de madurez y salud mental del afectado, el que tiene veinte años de edad, ante el derecho preponderante que se trata de salvar, valorado de acuerdo con las normas socioculturales generalmente admitidas y el acatamiento de normas éticas y técnicas que integran la *lex artis* médica, llevan a acoger el recurso interpuesto a fojas uno”.¹³⁴ De tal manera que las construcciones basadas en las disposiciones constitucionales que garantizan a todo ciudadano “La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público” ceden ante la garantía de la vida y a pesar de los esfuerzos argumentativos de los seguidores de dicha Iglesia.

Sería extenso en este punto dedicar las siguientes líneas a detallar las razones por que los autores nacionales y en Europa especialmente en España participan del criterio de la indisponibilidad del bien jurídico de la vida humana aunque efectuando

¹³⁴ Sentencia citada en N° 122

un somero listado son contestes en tal criterio; Garrido Montt al exponer que “La protección de la vida es amplia, opera a pesar de la voluntad del titular de ese bien porque no es un bien disponible conforme a los deseos del dueño”;¹³⁵ en el mismo sentido Enrique Cury quien se remite a los esfuerzo del profesor Etcheberry por sistematizar y elaborar un catalogo de bienes jurídicos no disponibles por los particulares;¹³⁶ coinciden en este criterio: Jiménez de Asúa quien asevera que la vida “es un bien del que su mismo titular no puede disponer”;¹³⁷ para Cobo del Rosal y Vives Antón, la vida es un bien irrenunciable;¹³⁸ Jiménez Huerta señala que “la vida humana viene protegida por el Estado no sólo en interés del individuo, sino también en interés de la colectividad”;¹³⁹ Rodríguez Devesa dice, refiriéndose al homicidio, que “la vida no es un bien cuya disponibilidad corresponda al sujeto pasivo”;¹⁴⁰ Muñoz Conde enseña que “la vida se protege de un modo absoluto, sin consideración a la voluntad del individuo, que no puede disponer de ella, aunque sea su titular, y que, por tanto, tampoco puede consentir válidamente para que se le prive de ella”;¹⁴¹ Serrano Gómez afirma que “la vida es un bien jurídico

¹³⁵ GARRIDO MONTT; “*Derecho Penal, parte General Tomo II*”, 2002 ob. cit. pag 31

¹³⁶ CURY URZUA Enrique; “*Derecho Penal, Parte General*”; Séptima Edición ampliada, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pag 370

¹³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “*Tratado de Derecho Penal*” (publicados, 7 vols.), tomo IV, 3ª. Ed., Buenos Aires, Losada, 1976, pág. 639; Ver también JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “*Libertad de Amar y Derecho a Morir*” ob. cit. 1992 pag. 429

¹³⁸ COBO DEL ROSAL -. VIVES ANTON, “*Derecho Penal, Parte General*”, 2ª. Edición (completa), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1987, pág. 336.

¹³⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “*Derecho Penal Español, Parte Especial*”, 17ª. ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Dykinson, 1994, pág. 37. Cfr., en el mismo sentido, pág. 64.

¹⁴⁰ RODRIGUEZ DEVESA José Maria; “*Derecho Penal Español, Parte Especial*”, 17ª. Edición (revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez) Editorial Dykinson, Madrid 1994, pág. 37

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE Francisco, “*Derecho Penal, Parte Especial*”, 7ª. Edición, completamente renovada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 21

indisponible.”¹⁴² Santiago Mir, expondrá que el sistema español concibe el derecho a la vida como irrenunciable; ¹⁴³ Zaffaroni en Argentina da cuenta de que cuando se pretende negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad suele apelarse a la vida y al Estado. ¹⁴⁴ Antes entre nosotros Novoa Monreal al señalar que en nuestro derecho el consentimiento no excluye jamás la antijuridicidad en los atentados en contra de la vida humana; ¹⁴⁵ finalmente en Alemania Jescheck dirá que la vida y la integridad ocupan un lugar especial en el marco de los bienes jurídicos individuales. La muerte de uno mismo mediante hecho doloso, no se justifica por el consentimiento, el hecho sigue siendo punible ¹⁴⁶ y Roxin dice que totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana. ¹⁴⁷

Pero mas allá del tópico religioso desde el cual no será posible generalizar u obtener razonamientos de fuerza jurídica; se debe reconocer que el repertorio de ideas y argumentos que los partidarios de la autodeterminación esgrimen se fundan desde el punto de vista jurídico en la idea de que ante una colisión de Garantías no es imprescindible, que de modo inexorable, los derechos

¹⁴² SERRANO GOMEZ Alfonso, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, 4ª Edición, con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo, Editorial Dykinson, Madrid 1999, pág. 44.-

¹⁴³ MIR PUIG Santiago; *“Derecho Penal, Parte General”*; Séptima Edición, Editorial B de F Montevideo - Buenos Aires, 2004, pág. 508

¹⁴⁴ ZAFFARONI Eugenio; *“Manual (Parte General)”* ob.cit. 2005, pag. 370

¹⁴⁵ NOVOA MONREAL Eduardo, *“Curso de Derecho Penal”* .ob. cit. .1960, pag 413.-

¹⁴⁶ JESCHECK Hans Heinrich; *“Tratado de Derecho Penal Parte General”*; 5º Edición, Editorial Comares, Granada, 1988, pág. 341.-

¹⁴⁷ ROXIN C, *“Derecho Penal, Parte General”*. ob. cit. pag 529

relacionados a la libertad; dignidad y conciencia deban ceder ante la intangibilidad de la Vida.-

De modo sucinto las posturas diversas al sistema imperante son defendidas en Chile, (aunque sin declararse abiertamente en pro de la disponibilidad de la vida y la eficacia del consentimiento en esta materia), se argumenta a favor de dichos criterios por Luis Cousiño Mac Iver, al señalar que “se acostumbra decir que la vida y la integridad corporal son bienes jurídicos indisponibles. La premisa es exacta a medias”.¹⁴⁸ Algo menos tajante, pero acucioso en su análisis Jaime Náquira Riveros.¹⁴⁹

Tal vez las consideraciones de mayor recurrencia en esta dualidad Vida versus Libertad se basen en las argumentaciones, como se adelantaba, de que la dignidad humana (art. 1º y 19 Nº 1 del C.P.R.) tiene su amparo y reconocimiento constitucional con una jerarquía similar a la de la vida y desde allí, es que el consentimiento prestado por el titular es suficientemente eficaz, para desarticular toda pretensión punitiva; entre las tesis sostenidas en derecho comparado son especialmente llamativas (por su imposibilidad en nuestro sistema):

¹⁴⁸ “Así como el suicidio las autolesiones son atípicas en nuestro derecho y cualquier persona puede experimentar con su propio cuerpo... Empero si las cosas son así ¿porqué esta impedido un tercero para llevar a cabo la intervención con el consentimiento, y aun, a pedido del interesado? “...La Ley protege la vida .. frente a ataques dolosos de terceros, pero la emplea en defensa de su soberanía; en otras hipótesis, no interviene en la libre disponibilidad de ellas”; COUSIÑO MAC IVER Luís, **“Derecho Penal Chileno, Parte General”** (publicados, 3 vols.), tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, págs. 519-520

¹⁴⁹ NÁQUIRA RIVEROS Luís, **“Derecho Penal, Teoría del delito, I”** (único aparecido), Santiago de Chile, Mc Graw-Hill, 1998, págs. 301-305. 13 Cfr

A) Aquella que, en la re apreciación de la dualidad vida y la libertad, se manifiesta porque: “Todos los derechos fundamentales de la persona se deben considerar como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, de la dignidad de la persona.” Por lo tanto, el bien jurídico protegido por el homicidio no sería, sino, una especie de la libertad y, como ésta es renunciable, el consentimiento tendría respecto de ella toda su eficacia. La consecuencia prácticamente necesaria de este punto de vista debe ser “la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada por su titular”. ^{150 151}

¹⁵⁰ Partidarios de esta interpretación son: DEL ROSAL COBO R. Maurullo, *“Derecho Penal Español, Parte Especial”*, 1962, pág. 276 - En igual sentido: QUINTANO RIPOLLES, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, I, 19, pág 416, citados por BACIGALUPO ZAPATER Enrique, *“El Consentimiento en los Delitos Contra la Vida y la Integridad Física”*, en Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial; España, Numero Especial XII 1989- 1990 pags. 147 y sgtes; Por su parte el doctorante español, Vital de Almeida, también hace votos por la atipicidad de la conducta del autor, “siempre y cuando medie el consentimiento auténtico... Ello significa que, aun tratándose del bien jurídico – y personalísimo – vida, una vez se ponga disponible bajo las situaciones puntuales de excepcionalidad jurídica que se refieren a la eutanasia consentida de forma libre, consciente, informada, expresa y directamente por el enfermo, a partir de su base jerárquica e indudablemente superior (constitucional), debe resultar (y resulta) igualmente alejado cualquier interés penal. VITAL DE ALMEIDA Ricardo; *“El Consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito”* Editado por la Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho, Granada, septiembre de 2006 , pag 365 - Entre nosotros Juan Bustos R., quien sin embargo no llega tan lejos y parece mas bien dispuesto a una solución intermedia basada en un permiso excepcional; señala que: “El problema no es entre bienes disponibles o no, esa es un trampa conceptual, sino que se trata de un consideración del sujeto, por una parte, y de su relación con otros. En principio, para el sujeto, siempre todo bien es disponible, se puede matar, cortar una mano, etc. Por eso, como decíamos previamente, el límite está en el propio fundamento del consentimiento que es la libertad. Como es obvio el ejercicio de esa libertad no puede llegar a su propia anulación, lo que sucedería respecto de la vida con la muerte o respecto de la libertad, con un sometimiento voluntario a la esclavitud... De este modo, una posible regulación de la disponibilidad de la propia vida que exima de responsabilidad a los partícipes, sólo podría apoyarse en un permiso especial con sustento en la propia sociedad que fijará sus fundamentos y condiciones para evitar los abusos (esta situación ocurriría en el supuesto de que el futuro CP diera cabida como eximente de responsabilidad criminal a la eutanasia). Se trataría de un permiso para matar, por lo tanto, para afectar al bien jurídico esencial para el sistema como es la vida. La causa de justificación establecería las condiciones sociales que tendrían que darse para evitar abusos y que el tercero partícipe pudiera eximirse de toda responsabilidad” BUSTOS RAMIREZ – HORMAZABAL MALAREE *“Lecciones de Derecho Penal”*, Vol II, Editorial Trotta, Madrid 1999, pags 95 – 96 Propuesta que hace presente en sus exposiciones publicas y se colige, sin dudas, desde su proyecto de Ley para la despenalización de la eutanasia activa: “Todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano”; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007). Por su parte Carbonell Mateu aparece también como partidario de un permiso limitado al transcribir sobre esta materia los planteamientos del Grupo de Estudios de Política Criminal “El

B) Otra línea de razonamiento frente a la colisión entre los bienes jurídicos (vida y libertad) se basa en que “en una cultura donde la libertad personal parece ser la piedra angular sobre la que se edifica el sistema social no puede desconocerse que en caso de conflicto entre la vida y la libertad de vivir, el titular de ambos bienes puede optar por la libertad de no vivir”.¹⁵² Por lo tanto el consentimiento debería ser eficaz, pues “la vida deja de tener valor para su titular cuando considera que se le hace imposible vivir....no se protege el valor vida, sino la vida concreta en su funcionalidad social” de una persona determinada, es decir, dando preferencia a la libre disposición sobre la vida.¹⁵³

C) Una redefinición del bien jurídico protegido en el homicidio, tomando en cuenta, de alguna manera, el derecho a la libertad y la dignidad de la persona, tiene mucho a su favor. De acuerdo con ello el delito de homicidio no sólo protege la vida, sino, también la dignidad de la persona. El reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento del orden político y de la paz social, no permite

reconocimiento del derecho a morir ha de importar la licitud de las conductas relacionadas con el suicidio... Pese a ello debería preverse específicamente la punición de la conducta de quien abusando de una situación de prevailecimiento o de especial influencia sobre el sujeto, interfiere el proceso de formación de su voluntad con el propósito de que esta resulta contraria a la continuidad de la vida” CARBONELL MATEU y VV AA “*Derecho Penal*” . ob cit. pag 90.-

¹⁵¹ Dice el profesor De Rivacoba y Rivacoba, “y lo mismo me ocupé del tema, en relación con el Derecho español, y defendí la facultad de disposición de la vida propia y, por consiguiente, la eficacia desincriminante del consentimiento en esta materia, al cumplirse un siglo del nacimiento de don Luis Jiménez de Asúa, en unas páginas que dediqué a su memoria”, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel; “*Nuevo Sentido de la Protección Penal de la Vida Humana*”; en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, año 1, número 3, abril de 2001, págs. 115

¹⁵² No vale, empero, argüir que los derechos fundamentales son irrenunciables, porque aquí no se trata de ello; en efecto, los derechos fundamentales existen en tanto valedores a oponer a la acción expansiva de los poderes públicos, es decir, los derechos fundamentales operan en el campo de las relaciones poder – ciudadano, no entre ciudadanos; lo que se ha denominado por la doctrina alemana como *Drittwirkung* (efecto entre particulares de los derechos fundamentales) no tiene aquí posibilidad de actuación, puesto que estamos en presencia de un conflicto de derechos o bienes del mismo sujeto; es el sujeto titular el que está en un dilema, dilema a cuya solución es llamado un tercero que puede verse penalmente involucrado. Entendido así, el presente haz de problemas, sí podría darse un consentimiento válido desde ese punto de vista”.- QUERALT JIMENEZ, Joan; “*Derecho Penal Español. Parte Especial*”I, Editorial Atelier, Madrid 1986, pag. 8 -9

¹⁵³ QUERALT Idem

desconocer en la protección penal de los bienes jurídicos personales un cierto grado de autodeterminación de la persona protegida, aunque, en ciertos casos de conflicto, el reconocimiento de la misma no sea total. Consecuentemente, cuando la víctima ha determinado al autor a cometer el homicidio, habrá naturalmente una lesión del bien jurídico vida; pero no se habrá vulnerado su autodeterminación, ejercida, precisamente, al determinar a otro a su propia muerte, y, por lo tanto, tampoco cabría admitir un menoscabo de su dignidad como persona.^{154 155}

La consecuencia de optar por una u otra vía es apreciable; en tanto que para la primera tesis existirá un rechazo a nivel de la tipicidad¹⁵⁶ en el segundo y tercer caso el consentimiento, en la práctica, tendrá una virtud de excluir las calificantes del asesinato o la figura del parricidio, como asimismo, actuar en la configuración de una atenuante muy calificada al explicar la motivación del sujeto activo en estímulos tan poderosos que naturalmente le hayan producido arrebatos y obcecación, es decir, por poderosos estímulos de piedad (art. 11 n° 5 del C.P.); esto es, el consentimiento jugaría en el plano de la culpabilidad; al aminorar el

¹⁵⁴ BACIGALUPO ZAPATER Enrique, "*El Consentimiento en los Delitos Contra la Vida y la Integridad Física*", en Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial; España, Numero Especial XII 1989- 1990 pags. 147 y sgtes

¹⁵⁵ "Por tanto, el homicidio a petición no es, como ya se dijo, un delito de lesión contra la persona, el precepto establece mas bien, en actitud paternalista, una norma contra el eventual apresuramiento en el modo de tratar la vida propia...Al Estado no le incumbe en nada la manera en que el peticionante llegue al fin de su vida: nadie tiene por qué dejarse imponer la renuncia a aceptar la ayuda de otro, por el hecho de que también podría alcanzar su meta por si mismo.." JAKOBS Günther, "*Sobre el Injusto del Suicidio y del Homicidio a Petición*"; traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Ancinetti; Universidad Externado de Colombia; 1996; Bogota pag. 22 - 29

¹⁵⁶ GARRIDO MONTT; "*Derecho Penal, parte General*" Tomo II, 2002 ob. cit. pag 91 "En nuestro país se ha considerado el consentimiento como una causal de justificación, no obstante, parte de la doctrina se inclina a calificarla de causal de atipicidad, entre ellos Bustos – para este autor el comportamiento consentido es una vinculación social significativa, ligada al transcurso histórico del comportamiento humano y, como tal, dice relación con el ámbito situacional fijado por el tipo, se trataría de un desvalor del acto, no del resultado"

reproche, ya que existe un contenido de ilícito menor que en el homicidio simple pues no se vulnera la autodeterminación del inductor-víctima.

En síntesis, nuestro sistema dispone que no deba existir un derecho ilimitado de disposición de la vida y las réplicas a esta paradigma, se fundan en propuestas que buscan un reconocimiento acotado al consentimiento como figura de justificación o minorante de responsabilidad, pero, precisadas por la norma, cerrando de tal modo el paso a pretensiones de ciudadanos o agrupaciones de éstos que están dispuestos a usar de su propia vida como instrumento de presión política o de manifestación de fe religiosa. Esta claro, entre nosotros, que el sistema no esta preparado para tales extremos. ¹⁵⁷

¹⁵⁷ Sobre este punto dice Jakobs: "Hace unos diez años Arthur Kaufmann argumentó del siguiente modo respecto del problema "eutanasia –suicidio- homicidio a petición" ... El individuo se debe a la comunidad, pero sólo mientras vive; en cambio, no está obligado a la comunidad a vivir. Por supuesto que aquí no se pretende poner en duda a la indisponibilidad de la vida en su fundamentación religiosa y quizás incluso moral. Solo que ello no permite fundamentar una norma penal estatal. Sobre el suicidio y sobre el consentimiento en el homicidio, cada individuo ha de decidir por si mismo.. Esto no es asunto del Estado". Sin embargo, según esta postura, no debe respetarse cualquier petición de homicidio, sino solo aquella que al menos aun, sea racional, que no infrinja "las buenas costumbres", al menos en principio, se sostiene que la vieja regla *volenti non fit iniura*..también rige en este ámbito (esta tesis – únicamente en lo que se refiere a personas plenamente responsables) JAKOBS Günther, **"Sobre el Injusto del Suicidio y del Homicidio a Petición"** ob.cit. pag. 7.

3.- Capítulo Tercero: El tratamiento en el derecho comparado y los casos emblemáticos

3.1.- Tratamiento Legislativo

Dentro del contexto Latinoamericano es en **Uruguay** donde se aprecian los mayores avances de orden normativo legal, ya que la figura de la eutanasia aparece inserta en el Código de 1933, donde claramente actúa como causal de impunidad, tal como se señala expresamente en el artículo 37, titulado "del homicidio piadoso" al indicar que: "Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio efectuado por piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima" ^{158 159}

En **Cuba**, curiosamente, se produce una evolución hacia la penalización de las conductas eutanásicas, pues desaparece una atenuante dentro de las figuras de ataque al bien jurídico vida junto con la derogación de su Código de Defensa Social de 1936, que señalaba: "Se impondrá prisión de uno a seis años... a quien lo cometiere (el homicidio) movido por un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, si fuera intolerable y las circunstancias evidenciaran la inutilidad del auxilio para salvar la vida del sufriente". Posibilidad que hoy no se advierte en el

¹⁵⁸ VV.AA. "*Eutanasia y Ley Penal en Uruguay*" Hugo Rodríguez Almada –María del Carmen Curbelo - Mario de Pena - Rodolfo Panizza; disponible en: <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v7/eutleypenal.htm> (consulta en marzo 2007)

¹⁵⁹ Código Penal del Uruguay, actualizado y disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l1t2.htm> (consulta marzo de 2007) castiga además la instigación y auxilio al suicidio en su art. 315. (Determinación o ayuda al suicidio) El que determinare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. (inc. 2º) Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o el uso de estupefacientes

texto de la ley N° 62 de 1987, codificadora de la normativa penal cubana; es más, en su artículo 266 se sanciona el auxilio al suicidio en los mismo términos que el sistema brasileño próximo a analizar.- ¹⁶⁰

El Código Penal **Brasileño** castigo la inducción o instigación al suicidio del mismo modo que el sistema chileno específicamente en su artículo 122 (y el Código Civil Brasileño considera la eutanasia como un ilícito civil en sus Art. 159 y 149) de modo tal que las figuras de la eutanasia no guardan relevancia fuera de los esfuerzos de los Consejos Regionales y Federales de Medicina que, al igual que en nuestro país, regulan el tema con motivo de la normativa ética del gremio.¹⁶¹

Similar acontece en la legislación de **Argentina** que contempla en el artículo 83 de su Código Penal que: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado” ¹⁶²

Al estudiar la normativa de países centroamericanos como **El Salvador y Costa Rica** constatamos que la criminalización de la eutanasia sigue la tendencia de un

¹⁶⁰ Código Penal de Cuba disponible y actualizado en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld /rwmmain /opendocpdf .pdf?docid=46d6bec12> (consulta septiembre de 2007)

¹⁶¹ Señala el artículo 122: “Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único. A pena é duplicada: Aumento de pena - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência

Código Penal de Brasil, disponible y actualizado <http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/br/libre4.html> (consulta septiembre 2007)

¹⁶² Código Penal de Argentina disponible y actualizado en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15> (consulta septiembre de 2007)

sistema mixto, requiriéndose tanto el consentimiento de la víctima como los móviles piadosos y su tipificación corresponde a la de un tipo penal autónomo privilegiado, es decir, especialmente atenuado en la sanción penal dadas las especiales circunstancias que concurren para el homicidio.- En Costa Rica figura el homicidio por piedad del siguiente modo en el artículo 116: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aun cuando medie vínculo de parentesco”¹⁶³ Por su parte, reza el artículo 130 del Código Penal Salvadoreño que: “El homicidio causado por móviles de piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos, será sancionado con prisión de uno a cinco años siempre que concurren los requisitos siguientes: 1) Que la víctima se encontrare en un estado de desesperación por sufrimientos observables, que fueren conocidos públicamente y que la opinión de los médicos que la asistan así lo hubiere manifestado; 2) Que el sujeto activo estuviere ligado por algún vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo; y, 3) Que el sujeto pasivo demostrare su deseo de morir por manifestaciones externas de ruegos reiterados y expresos”.¹⁶⁴

La legislación **Mexicana**. En este sistema la eutanasia no tiene una regulación específica en el Código Penal, sin embargo, los supuestos de eutanasia activa o pasiva voluntaria son abarcados por el artículo 312 del Código Penal Federal del

¹⁶³ Código Penal de Costa Rica disponible y actualizado en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/cr/sp_cri-int-text-cpenal.pdf (consulta septiembre de 2007)

¹⁶⁴ Código Penal de El Salvador disponible y actualizado en <http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/29961fcd8682863406256d02005a3cd4?OpenDocument> (consulta septiembre de 2007)

Distrito Federal, al señalar que "El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años"¹⁶⁵.

"De este artículo se desprenden dos ideas: la primera de ellas a su vez se divide en dos hipótesis: a) prestar auxilio a otro para que se suicide y b) inducir a otro para que se suicide. Esta última se refiere al que presta auxilio al suicida al punto de ejecutar el mismo la muerte, es la figura del homicidio consentido o como prefieren llamarlo otros del homicidio suicidio, y la segunda por la cual el sujeto activo actúa con móviles piadosos, en beneficio de la víctima y con su consentimiento".

En forma clara esta legislación establece que el consentimiento del ofendido en el homicidio, despliega sus efectos como causa específica de la atenuación de la pena. Esta atenuación está legislada en el artículo 52 del Código Penal, que dispone que el juez fijara las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito con base a la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta entre otros aspectos los motivos que lo determinaron a delinquir y todas las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de la comisión del delito.

Colombia. En Colombia se ha tipificado como delito el homicidio por piedad de la

¹⁶⁵ BUSTOS Juan – ROSSI Fulvio; "*Proyecto de Ley que Establece Regulación Legal de la Eutanasia*"; Boletín 4201-11, disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?4201-11 (consulta marzo 2007) Además; Código Penal Mexicano disponible y actualizado en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=> (consulta septiembre de 2007)

siguiente manera, cuyo Código Penal en su artículo 326 señala: "El que matare por piedad, para poner fin a sus intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable incurrirá en prisión de seis meses a tres años"¹⁶⁶.

Perú. El artículo 112 del Código Penal Peruano señala que "El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años"¹⁶⁷.

Holanda. En el único lugar donde se ha legislado detalladamente la eutanasia es en los Países Bajos. Una mirada breve a los artículos de su Código Penal arts. 293 y 294 que contemplan esta acción, nos permite constatar que en Holanda, la eutanasia sigue penada, pero que si se cumplen con estrictas condiciones de cuidado, hay excepciones en la cual ofrecen al médico la posibilidad de ayudar a un paciente con una enfermedad terminal, insoportable; sin ninguna repercusión penal. Artículos del Código Penal Holandés, que fueron modificados a propósito de la nueva ley promulgada llamada Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio. Expone el inciso segundo del artículo 293 que el supuesto al que se refiere el párrafo 1º (homicidio a solicitud) no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el artículo 2º de la Ley sobre Comprobación de

¹⁶⁶ BUSTOS Juan – ROSSI Fulvio; "*Proyecto de Ley que Establece Regulación Legal de la Eutanasia*"; Boletín 4201-11, disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?4201-11 (consulta marzo 2007) Además; Código Penal Colombiano disponible y actualizado en: <http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/penal/trcrpnal.htm#L2T13C1> (consulta septiembre de 2007)

¹⁶⁷ BUSTOS - ROSSI, idem. Además; Código Penal Peruano disponible y actualizado en: <http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto%20Legislativo%20635-CODIGO%20PENAL.doc> (consulta septiembre de 2007)

la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, y se lo haya comunicado al forense conforme al artículo 7 párrafo segundo de la Ley Reguladora de los funerales.- Las condiciones, enseguida necesarias para la procedencia de la práctica médica son; 1.- El enfermo debe solicitarlo de un modo voluntario y reflexionado; 2.- Ha de padecer un sufrimiento insoportable sin perspectiva de mejora; 3.- Ha de haber sido adecuadamente informado por el médico respecto de su situación y pronóstico; 4.- Médico y paciente tienen que discutir la situación y concluir conjuntamente que no cabe otra solución más satisfactoria; 5.- El Médico ha de consultar al menos con otro facultativo, el cual debe examinar personalmente al paciente y asegurarse, - consignándolo en un informe por escrito que se remitirá al Comité Regional correspondiente - de que se satisfacen los requisitos arriba mencionados respecto de su voluntad, pronóstico e información; 6.- Al practicar la eutanasia, el médico debe proporcionar al paciente el cuidado y atención médica debidos. ¹⁶⁸

¹⁶⁸ TOMAS-VALIENTE LANUZA Carmen; *“La Regulación de la Eutanasia Voluntaria en el Ordenamiento Jurídico Español y en el Derecho Comparado”*; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003, pag. 42. Además; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ; ob. cit. pags 38-40.- Rezan los artículos en cuestión : Artículo 293

1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta.

2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales.

Artículo 294

1. El que de forma intencionada indujere a otro para que se suicide será, en caso de que el suicidio se produzca, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta.

2. El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo. Ver Código Penal Holandés disponible y actualizado en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/pdf/LeyHolan.pdf (consulta septiembre de 2007)

Ley Belga; En el caso específico de Bélgica, hay que destacar dos leyes que conciernen el tema que nos ocupa: la del 28 de mayo del 2002 relativa a la eutanasia y la del 22 de agosto del 2002 sobre derechos del paciente. Convirtiendo a Bélgica en el segundo país en que se puede optar por la eutanasia sin quebrantar la ley, en realidad, existe un reconocimiento específico de un tipo de declaración anticipada. El paciente, que así lo desee puede solicitar la aplicación de la eutanasia a su médico de cabecera. Mientras tanto un comité de seguimiento aprobado por el Consejo de Ministros, vigila el cumplimiento de la nueva Ley, asimismo, fuera de una demanda de eutanasia, el paciente puede redactar un documento en el cual expresa su voluntad en cuanto del tratamiento médico que quiere o no, (si se encontrase en un estado de incapacidad de hacerlo en su momento). Además, la designación de un agente para dicho consentimiento está prevista en esta misma ley. No hay límites de validez para estas declaraciones y pueden ser revocadas o modificadas en cualquier momento.¹⁶⁹ La actuación del médico dentro del contexto normativo debe verificarse en una situación excepcional de sufrimiento físico o psíquico, constante e insoportable (así reza en la enmienda introducida en el artículo 3.2.3 de la cámara de los Representantes pues debe tratarse de una enfermedad de carácter “grave, incurable o terminal”) debiendo expresarse el paciente en forma voluntaria y reiterada, sin presión exterior, por escrito, o ante la presencia de un testigo. Dos médicos deben certificar que se

¹⁶⁹ BELGICA DESPENALIZA LA EUTANASIA; en bioética Web, disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/content/view/524/49> (consulta de marzo 2007) Ver además Código Penal Belga disponible y actualizado en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/documentos_pdf.2005-10-26.3291432588/area_2.2005-10-26.8808058425 (consulta septiembre de 2007)

cumplen estas condiciones.¹⁷⁰

Italia. El art. 579 considera una forma de homicidio al que “causa la muerte de una persona con su consentimiento”.¹⁷¹

En **Francia**; el Código Penal de 1994 no contempla regulación alguna para la eutanasia. Al igual que su código anterior, se asimila al homicidio previsto en el artículo 221.1 y que puede ser agravado por la premeditación (assassinat del artículo 221.3). Ni el móvil de la compasión ni el consentimiento suponen la licitud del comportamiento aunque pueden facilitar a los jueces la posibilidad de atenuar la pena.- Lo riguroso de la legislación contrasta con la indulgencia con que se manifiestan los tribunales en la aplicación de la norma, ya que en muchos casos se ha absuelto a los autores de estos hechos calificados como homicidios, dado que el delito esta sometido en Francia a la jurisdicción del Tribunal de Jurados, que “suelen ser, en este tipo de casos mas susceptibles a los argumentos de las

¹⁷⁰ Cuando ya han transcurrido algunos años desde la entrada en vigor de la ley sobre eutanasia, las farmacias belgas han comenzado la venta dirigida solo a profesionales para la medicina de una caja con las medicinas y utensilios necesarios para realizar la eutanasia. el llamado “Kit de Eutanasia”, del grupo de distribución Belga Multipharma, contiene una decena de medicinas y medios auxiliares como un goteo, jeringas, agujas normales y otra adaptada para perfusión. Los dos medicamentos mas importantes de la caja son Pentotal, un somnífero que se usa para anestesiarse y Norcuron un relajante muscular.- NUÑEZ PAZ M., “*La Buena Muerte*” ob. cit, 2006, pag. 191

¹⁷¹ Ver Código Penal Italiano disponible y actualizado en <http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/it/CPenalltalie4.pdf> (consulta septiembre de 2007) Art. 579 Omicidio del consenziente

Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui e' punito con la reclusione da sei a quindici anni.

Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto e' commesso:

- 1) contro una persona minore degli anni diciotto;
- 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizione di deficienza psichica, per un'altra infermita' o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti;
- 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno

Ver también **Italia** Ley Nº 26691 Ley sobre cambios al Código Penal y a la Ley del Tratamiento del Cadáver, en materia de control de la interrupción de la vida y asistencia al suicidio. 10 de abril de 2001 versión en italiano disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/documentos_pdf.2005-10-26.3291432588/area_2.2005-10-26.8808058425 (consulta septiembre de 2007)

defensas”.¹⁷²

España. Exige para que opere la figura atenuada de homicidio el propósito del hechor de poner fin a los padecimientos de quien se halla en trance de muerte y la suplica en tal sentido a la víctima. El artículo 143 del Código Penal atinente a la materia dispone: “1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.¹⁷³

Alemania : Al decir de Roxin sobre su legislación patria “El enjuiciamiento de la eutanasia pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal. Ello obedece a tres motivos. El primero porque falta una regulación legal expresa de la misma. De los parágrafos del asesinato y del homicidio de nuestro Código Penal no puede extraerse la eutanasia o abarcan, como ocurre con el homicidio a petición; tan sólo una parte de la problemática dejando sin respuesta muchas preguntas; del Código Penal Alemán (versión reformada en 1998):

¹⁷² NUÑEZ PAZ M., “*La Buena Muerte*” ob. cit, 2006, pag. 198

¹⁷³ Ver Código Penal Español disponible y actualizado en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t1.html (consulta septiembre de 2007)

Artículo **212. Homicidio:** (inc. 1) “Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años. (inc. 2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida”.-

Artículo **216. Homicidio a petición** (inc. 1) “Si 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. (inc. 2) La tentativa es punible”.

174

El Código Penal **portugués** que ha entrado en vigor el 1º de octubre de 1995, regula supuestos eutanásicos basados en la motivación humanitaria o compasiva en su artículo 133, el que establece una figura atenuada de homicidio (respecto de la figura del homicidio simple y cualificado de los artículos 132 y 133) en base a supuestos emotivos o de relevante valor social o moral que suponga una disminución de la culpabilidad. En este caso no se requiere la voluntad de la víctima, lo que es comprensible para situaciones de emoción violenta, no para las de móvil compasivo.- El homicidio consentido u homicidio a petición se regula en el artículo 134 que sanciona al que matare a otra persona, determinado por petición sería insistente y expresa que aquella le hace.- El sistema portugués también regula en el artículo 135 la figura de la inducción y auxilio al suicidio.¹⁷⁵

¹⁷⁴ ROXIN Claus; “*Tratamiento Jurídico*”. ob. cit pag 2 Ver además Código Penal Alemán disponible y actualizado en <http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/stgb.pdf> (consulta septiembre de 2007)

¹⁷⁵ Artigo 133º Homicídio privilegiado: Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminua sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

En **Suiza**; el suicidio asistido (permitido por la ley helvética sólo en casos de personas conscientes y con una enfermedad incurable o mortal a corto plazo), consiste en ofrecer la ayuda exterior necesaria para facilitar la muerte de quien claramente quiere acabar con su vida pero no tiene medios para hacerlo (se trate la de un médico o la de un simple vecino).- En Suiza, prestar ayuda a una persona que quiere poner fin a su vida no es un delito, Así lo establece el artículo 115 del Código Penal Suizo.- En síntesis la eutanasia esta prohibida en el código penal suizo, pero no así el suicidio asistido, por ello, de acuerdo con varios estudios, alrededor del 10 por ciento de todos los suicidios que contabilizan las estadísticas oficiales cada año (entre 1.300 y 1.400, según los últimos datos oficiales registrados), son «asistidos» por otra u otras personas. Se trata de una práctica que está permitida por la vigente ley helvética, la cual se plebiscitó ya hace varios años en el país.¹⁷⁶ Práctica que únicamente resulta castigada por el Código Penal si el «ayudante» o ejecutor final de la muerte se mueve durante su actuación por motivos que están considerados meramente «egoístas». En cambio actuar bajo demanda de muerte (eutanasia activa) esta penada en el articulo 114 del Código Penal.¹⁷⁷

Artigo 134º Homicídio a pedido da vítima 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 - A tentativa é punível.

Artigo 135º Incitamento ou ajuda ao suicidio 1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se. 2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Código Penal de Portugal, disponible y actualizado en : <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pt/CPPortugal.pdf> (fecha de consulta septiembre de 2007)

¹⁷⁶ NUÑEZ PAZ M., "La Buena Muerte" ob. cit, 2006, pag. 182

¹⁷⁷ **Código Penal Suizo Art. 114: (version en italiano)** Chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena

En **Inglaterra**, hasta el año 1961 se consideró en el sistema británico como delito el suicidio, cuestión que se modificó ese año con la promulgación de la *Suicide Act* la cual deroga la calificación del suicidio como *felony*, sin embargo la ley ha establecido como delito la conducta de ayudar, aconsejar, facilitar o instigar a otros el suicidio.- Aparte de esta normativa, no existe mayor regulación respecto de la eutanasia o del homicidio consentido, lo que no obsta que un buen número de casos halla sido resuelto en base a la jurisprudencia en especial emanada de la Cámara de los Lores, tal como lo veremos en el párrafo siguiente de la tesis.¹⁷⁸-

En **Australia y Canadá**, no es posible encontrar normas referentes al homicidio consentido o por compasión, salvo en el este último país, en que el auxilio al suicidio esta penado en el artículo 241 de su Código Penal; castigando al que aconseja ayuda o induce a otro a cometer suicidio con una pena privativa de

pecuniaria. **Art. 115** Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/ch/ch_n311_it.pdf (fecha de consulta septiembre de 2007)
Además Directiva médico ética Suiza 2004; "cambios en los pacientes en proceso final de vida", Comisión ASSM, 2004 – (versión en francés) art. 4.1. Assistance au suicide; Aux termes de l'article 115 du code pénal, l'assistance au suicide n'est pas punissable lorsqu'elle intervient sans mobile égoïste. Ce principe s'applique à tout le monde – art. 4.2. Meurtre à la demande de la victime Le médecin doit refuser de mettre fin à la vie d'un patient (c'est ce que l'on appelle aussi l'«euthanasie active»), même sur demande sérieuse et instante du patient capable de discernement. Le meurtre à la demande de la victime est punissable selon l'article 114 du code pénal. Selección de legislación extranjera sobre testamento vital, muerte asistida y derechos de los pacientes disponible en : http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/area_2.2005-10-26.8808058425 (fecha de consulta septiembre de 2007)

¹⁷⁸ Relata Miguel bajo Fernández, respecto de la situación curiosa del sistema inglés que bien puede proyectarse al todo el Common Law: "Puede sostenerse que en la civilización actual el suicidio ha dejado de constituir delito (en Inglaterra, último de los países que mantenía el castigo del suicida, desaparece con la *Suicide Act* de 1961. Dice Thomas SZASZ que de 1946 a 1955 fueron llevadas a juicio 5.000 personas y todas, salvo 250, fueron condenadas a prisión o multa (p. 46). Según AL ÁLVAREZ, todavía en 1969 un tribunal de la isla de Man (en costa nor oeste de Inglaterra) ordenó que se azotara a un adolescente por intento de suicidio. Y el mismo autor, poeta y ensayista de prestigio que tuvo un intento de suicidio en la juventud, cuenta la reacción que se produjo todavía en 1961 en el hospital. Mientras se recuperaba de su intento e suicidio con barbitúricos, se presentó la policía «ya que en esa época el suicidio seguía siendo delito... y empezaron a hacerme preguntas que a todas luces no querían que contestara. Cuando intenté explicar me callaron educadamente. —Fue un accidente ¿no, señor? Convine tenuemente. Se marcharon» (p. 63: MUÑOZ CONDE señala que perdura todavía en Bolivia y algunos Estados de Norteamérica)". BAJO FERNÁNDEZ Miguel "*Disponibilidad de el Propia Vida*"; artículo electrónico disponible en <http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/DisponibilidadPropiaVida.pdf> (fecha consulta septiembre 2007)

libertad no superior a 14 años¹⁷⁹. Por su parte un caso digno de destacar, fue el de la Ley de los Derechos de los Enfermos Terminales, aprobada por el Parlamento del Territorio del Norte de Australia el 24 de mayo de 1996, la que solo duro 9 meses en vigencia hasta que el parlamento general la derogó en marzo de 1997, sin embargo alcanzó a ser aplicada a 4 enfermos terminales.¹⁸⁰

EEUU: Ley de Muerte Digna de Oregón – (sancionada mediante referéndum esta vigente desde el 8 de noviembre de 1994 y permite que un “paciente calificado” que padezca de una enfermedad terminal le pida voluntariamente a su médico que le recete medicamentos para finalizar su vida. La ley requiere que el paciente 1) sea adulto, 2) sea residente de Oregón, 3) padezca de una enfermedad terminal con un pronosis de menos de seis meses de vida, y 4) que sea capaz de hacer una solicitud voluntaria. Para poder hacer la solicitud, el paciente debe de poder comunicarles a sus doctores sus decisiones médicas. La ley requiere que el paciente esté completamente informado al tomar su decisión voluntaria. El doctor le debe de recomendar al paciente que discuta sus intenciones con sus seres

¹⁷⁹ NUÑEZ PAZ M, “*La Buena Muerte*” 2006.- ob. cit . pag 200

Criminal Code Canadá : part VIII: offences against the person and reputation – suicide - counselling or aiding suicide

241. every one who

(a) counsels a person to commit suicide, or

(b) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years (texto disponible en: <http://www.canlii.org/ca/sta/c-46/sec241.html>) (fecha de consulta septiembre de 2007)

¹⁸⁰ La ley establecía que el enfermo terminal que acusase dolor, sufrimiento y molestias hasta un extremo inaceptable podía solicitar a un médico que le ayudase a poner fin a su vida. Este médico debía tener el convencimiento razonable de que la enfermedad era terminal y que su curso normal llevaría a la muerte del paciente de no aplicar medidas extraordinarias. Se exigía, además, que no existiesen alternativas terapéuticas aceptables para el paciente; en definitiva, que los cuidados paliativos fuesen la única alternativa. A continuación un segundo médico de la especialidad propia de la enfermedad en curso debía confirmar la naturaleza terminal del proceso. Si el primer médico carecía de al menos cinco años de experiencia general o de dos en cuidados paliativos, un tercero con estos requisitos debía informar al paciente sobre si existían cuidados paliativos a su alcance.- The Lancet: “**Australia: lecciones de un ensayo de legalización de la eutanasia**” artículo electrónico disponible en <http://www.muertedigna.org/textos/euta64.html> (fecha consulta septiembre 2007)

queridos. El paciente tiene que hacer su petición verbalmente dos veces e indica que tiene que haber un plazo de espera de 15 días entre las peticiones. Asimismo, permite que el paciente cancele su petición en cualquier momento. Es obligatorio esperar dos días a partir de que el paciente haga su petición por escrito antes de recibir su medicamento. Ordena además que el paciente deba obtener una segunda opinión de un médico calificado asegurando que el paciente tiene menos de seis meses de vida. La ley estipula que el paciente recibe consejería psicológica si alguno de los médicos del paciente lo considera necesario. El Tribunal Supremo de los EE.UU. decidió en enero del 2006 que la Ley de Muerte Digna de Oregon era un ejercicio válido de la autoridad del estado de regular sus prácticas médicas. El Tribunal Supremo mantuvo esta Ley.¹⁸¹

(En anexo N° 1 de esta tesis se inserta un cuadro comparativo de legislaciones que contemplan el homicidio piadoso o a ruego y la asistencia al suicidio como figuras vinculadas a la eutanasia.-)

¹⁸¹ Folleto Oficial de la Ley para Personas de la Tercera Edad en Oregon (texto disponible en <http://www.sdslane.org/pdf/ElderLawBooklet2007spanish.pdf> (fecha de consulta septiembre de 2007)

THE OREGON DEATH WITH DIGNITY ACT OREGON REVISED STATUTES

(Immunities and Liabilities)

(Section 4)

127.885 §4.01. Immunities; basis for prohibiting health care provider from participation; notification; permissible sanctions. Except as provided in ORS 127.890:

(1) No person shall be subject to civil or criminal liability or professional disciplinary action for participating in good faith compliance with ORS 127.800 to 127.897. This includes being present when a qualified patient takes the prescribed medication to end his or her life in a humane and dignified manner.

(2) No professional organization or association, or health care provider, may subject a person to censure, discipline, suspension, loss of license, loss of privileges, loss of membership or other penalty for participating or refusing to participate in good faith compliance with ORS 127.800 to 127.897.

(texto disponible en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.2007572137/pdf/statuteOregon.pdf (fecha de consulta septiembre de 2007)

3.2.- El Tratamiento Jurisprudencial

La consideración de las clasificaciones sobre eutanasia que hemos usado en el capítulo anterior nos permitirá un mejor orden en el estudio de las diversas manifestaciones y soluciones que en el ámbito judicial se ha dado al tema en estudio:

3.2.1 Casos de Eutanasia activa

1.- Colombia: Quizás el caso más singular dentro del contexto latinoamericano lo represente el Caso Parra Parra, resuelto en 1998, por la Corte Suprema de Colombia: El Código Penal de Colombia contiene un artículo que establece una pena atenuada para el homicidio piadoso como lo analizáramos en el párrafo dedicado a las legislaciones comparadas. El art. 326 dice: “el que matare a otro por piedad o por ponerle fin a sus intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de tres meses a seis años”. Ejerciendo la acción pública, el ciudadano José E. Parra Parra, planteo la inconstitucionalidad del art. 326 del Código, entendiendo que el Estado así no garantiza la vida porque deja al arbitrio del médico o del particular la decisión de terminar con la vida de otros y vulnera el principio de la igualdad y la levedad de la sanción, implica una autorización para matar. La Corte colombiana resolvió que el homicidio por piedad no es inconstitucional porque gradúa la pena de acuerdo a la culpa y siempre que sea solicitado por enfermos terminales y la muerte la produce un médico no hay responsabilidad penal. Sin embargo, al abordar el argumento que

el Derecho Penal colombiano considera como criterio básico para la imposición de la pena al grado de culpabilidad con que el acto se cometa, se vincula tal culpabilidad con el consentimiento informado del paciente, llegando a siguientes premisas, que de alguna manera podemos entender que resumen la postura tomada en el voto de mayoría del caso:

1. "Solo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo ella es deseable y compatible con la dignidad humana".
2. "El Estado no puede oponerse a la decisión de un individuo que no desea seguir viviendo y que solicita que le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad".
3. "La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir".
4. "El caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

La sentencia de la Corte Constitucional concluía haciendo un llamado al Poder Legislativo colombiano, para que se legislara sobre el tema, estimándose que la voluntad del paciente así manifestada, tenía por resultado el liberar la conducta del médico no solo de culpabilidad, sino también de antijuridicidad, ya que quedaba de

manifiesto no la voluntad del sujeto que actuaba, sino la de quien solicitaba su actuación, la que estaba liberada de sanción por ser equiparable al suicidio.¹⁸²

2.- El tema de la eutanasia activa también se ha planteado en fallos de carácter constitucional norteamericanos, como el de Washington et al versus Glucksberg et al, en que la Suprema Corte de los Estados Unidos, resolviendo el caso de la asistencia al suicidio de pacientes por sus médicos tratantes, en 1997, declaró que la legislación de Washington que prohíbe estas prácticas no se opone a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución norteamericana¹⁸³ - como consideraban los recurrentes - sino por el contrario, puntualizó: "el suicidio es un serio problema de salud pública, especialmente en lo relativo a personas pertenecientes a grupos vulnerables. El Estado tiene interés en prevenir el suicidio, en estudiarlo, identificarlo y tratar sus causas. Quienes cometen suicidio -sean pacientes terminales o no-, algunas veces sufren de depresión o de otros desórdenes mentales. La investigación indica, sin embargo, que mucha gente que solicita suicidio médicamente asistido, lo que requiere en realidad es que su depresión y sufrimiento sea tratado... Legalizar el suicidio asistido puede hacer más

¹⁸² ARCILA MONTOYA Miguel; *"Derrotero de Derecho Penal Especial; Salvamentos y Aclaraciones de Voto a Sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia"*; disponible en: <http://domiarmo.iespana.es/index-73.htm>.- (consulta en abril 2007)

¹⁸³ La enmienda XIV de la constitución norteamericana señala en lo medular: "1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos". Actualizada y disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/Enmiendas_a_la_Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos_de_Am%C3%A9rica#ENMIENDA_XIV (consulta septiembre de 2007)

difícil para el Estado proteger a personas deprimidas o mentalmente enfermas o a quienes son víctimas de dolores no tratados, respecto de sus impulsos suicidas”.¹⁸⁴

3.- También en Estados Unidos tenemos el caso Vacco, resuelto también en 1997, por Corte Suprema de Justicia de los E.E.U.U, en Nueva York. La Corte plantea que constituye delito la ayuda al suicidio y la cuestión que se presenta en este caso, es, si ésta prohibición viola la Cláusula de Igual Protección de la Enmienda Catorce (de la Constitución). Quienes iniciaron la acción judicial eran médicos, que entienden que, si bien sería "compatible con las pautas de su ejercicio profesional" prescribir medicación a "pacientes que sean mentalmente competentes y que se encuentren aquejados de enfermedades terminales" y deseen la ayuda de un médico para terminar con sus vidas, se ven impedidos de hacerlo en razón de la prohibición respecto de la ayuda al suicidio. La Suprema Corte de los Estados Unidos enfatizó la distinción entre la asistencia al suicidio y el retiro de los tratamientos agresivos: en el primero, la acción es llevada a cabo “en razón de matar”, mientras que en el otro caso la acción es llevada a cabo “a pesar” de que el fin será la muerte.¹⁸⁵

4.- En Inglaterra, tenemos el caso Pretty v. Director of Public Prosecutions y otros resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo (2002), La Sra. Pretty, sufría esclerosis lateral amyotrófica – SLA; y vivía paralizada del cuello a los pies, con graves insuficiencias respiratorias y alimentándose por un tubo.

¹⁸⁴ VIVANCO A. “**Bien Morir...**” ob. cit

¹⁸⁵ MEDINA Graciela – SENRA Laura; “**Aspectos Legales de la Eutanasia**”, en Revista UBA: Encrucijada n° 34; agosto de 2005, disponible en: <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000197.pdf> (consulta marzo 2007)

Ningún tratamiento podía detener la progresividad de la enfermedad y solicitó inmunidad penal para su marido si él la ayudaba a suicidarse. Ella consideraba que negarle la asistencia al suicidio, era someterla a un tratamiento proscrito; que art. 2, 3 y 8 de la Convención Europea de Derecho Humanos; que según su interpretación, obliga a respetar la integridad física y humana; garantiza el derecho a continuar o cesar con la vida y el derecho a la autodeterminación. El pedido fue rechazado por el Tribunal de primera instancia y la Cámara de los Loes, decisión que fue apelada ante la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, quien también la rechazó, entendiendo que el art. 2 de la Convención, protege el derecho a la vida, sin el cual el goce de cualquiera de los otros derechos y libertades garantidos por la referida Convención es ilusoria. No es posible deducir que existe un derecho a morir de la mano de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública; y la Convención no hace pesar sobre el Estado ninguna obligación positiva de tomar el compromiso de no perseguir con acciones judiciales al marido de la demandante si él ayuda a su esposa a suicidarse o crear un marco legal para toda otra forma de suicidio asistido.^{186 187}

¹⁸⁶ MEDINA Graciela – SENRA Laura; “**Aspectos Legales de la Eutanasia**”, en Revista UBA: Encrucijada n° 34; agosto de 2005, disponible en: <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000197.pdf> (consulta marzo 2007)

¹⁸⁷ Si bien la eutanasia activa es punible en el Reino Unido, no obstante puede advertirse un tratamiento benigno desde la judicatura para los casos de especial dramatismo que llegan hasta los tribunales. En el Servicio de Zenit del 14 de enero de 2006, se narra el siguiente caso de tolerancia de los jueces ante la práctica de eutanasia. LONDRES, sábado, 14 enero 2006 (ZENIT.org).- “La eutanasia es legal sólo en unos pocos países, pero incluso donde está prohibida los jueces son cada vez más reacios a castigar a quienes quebrantan las leyes. Un ejemplo reciente es el caso de un padre inglés, Andrew Wragg. El hijo de 10 años de Wragg, Jacob, sufría de una enfermedad degenerativa, el síndrome de Hunter, y tenía múltiples discapacidades. El 24 de julio de 2004, Jacob fue asfixiado por su padre, llamando después a la policía para decirles que había matado a su hijo, informó el 12 de diciembre la BBC. Durante el juicio, la fiscalía sostuvo que el acto de Wragg había sido un «asesinato egoísta» llevado a cabo porque él ya no podía hacer frente al cuidado del chico. Pero la jueza Anne Rafferty afirmó que el caso era «excepcional» y que no se ganaba enviando a la cárcel al padre. Wragg fue sentenciado a una pena de cárcel, que fue suspendida. Tres meses antes ocurrió un caso similar. El 3 de septiembre el Times informaba de que Donald Mawditt admitió haber ayudado a matar a su esposa dándole antidepresivos, asfixiándola después. Su mujer, Maureen, sufría de hemocromatosis, una enfermedad que provoca demasiado hierro en la sangre, dañando el hígado y el

5.- Sin Duda el caso más relevante, en esta materia, está representado por el de Ramón Sampredo en España. Este caso, probablemente el más famoso de España, lo inició una presentación de Ramón Sampredo, persona que se encontraba desde 1968 y tras un accidente que le fracturó el cuello a la altura de la séptima vértebra cervical, en estado irreversible de paraplejía y tetraplejía postraumática por síndrome de sección medular, lo cual le significaba inmovilización absoluta y permanente de todo el cuerpo, excepto de la cabeza, quien en procedimiento no contencioso, solicita frente al quinto juzgado de primera instancia de Barcelona "que se autorice a su médico de cabecera a que le suministre los medicamentos necesarios para aliviar el dolor, la angustia y la ansiedad que el estado en que se encuentra le producen, sin que ello pueda ser considerado, desde el punto de vista penal, como ayuda al suicidio, delito o falta alguna, al asumir el solicitante plenamente el riesgo que tal medicación pueda suponer y poder así, llegado el caso, morir dignamente" y "que se respete su derecho a no ingerir alimento de ninguna clase por cualquier medio natural o artificial".

En efecto, reconoce el silencio de la Constitución española sobre la materia, pero estima "que el derecho a una muerte digna supone el derecho de elegir libremente

páncreas y causando el fallo cardiaco. Se le dijo que sólo tenía un 50% de posibilidades de vivir más de dos años. Durante el procedimiento, las evidencias mostraron que la pareja había hecho un pacto al casarse para poner fin a la vida del otro si sufrían de una enfermedad terminal. El juez Thomas Crowther decidió que el caso era «excepcional» y le ahorró el finalizar su condena de prisión. Mawditt recibió una sentencia de condicional por tres años. Otro caso en 2005 fue el de Brian Blackburn, que se declaró culpable de homicidio involuntario de su esposa, Margaret. El periódico Guardian del 15 de enero del año pasado informó que Blackburn mató a su esposa, y luego intentó suicidarse. Su esposa sufría de un caso avanzado de cáncer de estómago y habría muerto en semanas. El juez Richard Hawkins afirmó que el caso tenía «circunstancias excepcionales», y se suspendió la pena de cárcel de Blackburn".- ***“La Clemencia Judicial Ante La Muerte Compasiva”***. artículo disponible en: <http://www.condignidad.org/clemencia-judicial-muerte-compasiva.html> (consulta septiembre de 2007)

el tratamiento adecuado en determinadas circunstancias. Se trata de un acto voluntario, que exige capacidad suficiente para tomar la decisión después de haber sido informado. Si a eso se añade que la persona que use tal derecho se encuentra en circunstancias extraordinarias de dolor y sufrimiento, como ocurre en el presente caso, nos encontramos ante la más adecuada noción para su reconocimiento como derecho humano".¹⁸⁸

El dictamen del fiscal de la causa consideró haber un obstáculo insalvable a la pretensión del solicitante, ya que el artículo 409 del Código Penal español castiga al que "prestare auxilio o induzca a otro a que se suicide", lo que implica una prohibición legal que alcanza a todos (médicos y jueces incluidos) de colaborar al suicidio ajeno, lo que no obsta a la impunidad de la conducta del suicida.

Teniendo a la vista los antecedentes del caso, el juez correspondiente resuelve con fecha 19 de junio de 1993 rechazar la solicitud del señor Sampedro de acuerdo a razones que se resumen como sigue:

- De acuerdo a cita de la sentencia N° 53/1985 del Tribunal Constitucional español, estima que el derecho a la vida impone a "los poderes públicos el deber de adoptar medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho".

¹⁸⁸ VIVANCO A. "*Bien Morir*"... ob. cit.-; además ASOCIACION DERECHO A MORIR DIGNAMENTE; Testamento de Ramón Sanpedro; disponible en : <http://www.eutanasia.ws/dmdRamonSampedro.html> (consulta marzo de 2007)

- Ello impide, en consecuencia, configurar el derecho a la vida "como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte" y, de esta forma, el hecho de que darse muerte sea un acto que la ley no prohíbe no significa, de modo alguno, que sea un derecho subjetivo de carácter fundamental "que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la libertad de morir".
- "En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente".
- Finalmente, en lo sustantivo, hace suyos los argumentos del dictamen del fiscal.

Al apelarse el fallo precedente ante la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó fallo el 28 de febrero de 1994 confirmándolo de acuerdo con los siguientes fundamentos:

- Se comparte la idea del juez de primera instancia, en orden a que el derecho del médico de suministrar medicamentos a su paciente se encuentra avalado por la moral, la Ciencia y la Ley, citándose al efecto el ordinal N° 2279 del Catecismo de la Iglesia Católica -"concepción religiosa - cultural histórica de España"-, el Código Deontológico de la Organización Médica Colegial y la propia legislación española.
- En lo que respecta a la solicitud del actor de que se respete su deseo de no ingerir alimento, considera que tampoco requiere pronunciamiento alguno,

por tratarse y ser una facultad natural y esencial, integrada en el contenido jurídico de la propia persona: "la decisión voluntaria y libre de no ingerir alimentos por parte de una persona, básicamente forma parte de su patrimonio subjetivo de derechos y facultades".

- Finalmente, considera que no es a los tribunales de justicia sino al Poder Legislativo al que le corresponde norma que regule la situación de la eutanasia activa, "que parece ser la pretensión de fondo aun cuando sutilmente o discretamente planteada, pero en lo absoluto solicitada en el escrito inicial, conforme se ha analizado".

El Tribunal Constitucional español, en su segunda Sala, se pronunció con fecha 18 de julio de 1994 respecto del recurso de amparo presentado por el actor, en contra del fallo dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona que antes hemos tratado.

El fallo declaró inadmisibile el amparo deducido, sin pronunciarse respecto de los argumentos antes señalados, en virtud de estimar que no correspondía deducir un recurso de amparo en la especie, ya que no había agotado la vía judicial, lo cual debía hacer ante los tribunales de la localidad en la que vivía y no ante los de Barcelona. Sólo entonces podría el señor Sampedro dirigirse directamente al Tribunal Constitucional. Esta negativa, sin embargo, no impidió que tiempo después el actor consiguiera por métodos directos que alguien le suministrara veneno, acción eutanásica que lo privó de la vida, la cual fue filmada y transmitida por televisión, con gran escándalo en España. ¹⁸⁹

¹⁸⁹ VIVANCO A. "*Bien Morir...*" ob. cit.-; además; TOLEDO SEPÚLVEDA O. "*El suicidio asistido..*" ob cit. ver sentencias completas en anexos de la referida memoria.-

3.2.3 Sobre Casos de Eutanasia Pasiva

1.- En Canadá el caso Nancy B resuelto por el Tribunal Superior de Québec en 1992. Nancy de 25 años, sufría el síndrome de Guillaim- Barre, lo que la había paralizado desde el cuello hacia abajo, obligándola a vivir conectada a un respirador artificial. La joven solicitó que se la autorizase a desconectarse de la máquina porque ya no soportaba más la vida que llevaba. En este precedente el juez de Quebec, Mr. Éustice Dufour, consultó a los médicos que la atendían y éstos le informaron que con el auxilio de la máquina la joven podía vivir muchos años. El juez, sostuvo que a él lo haría feliz que Nancy cambiara de idea, pero que siendo esa la decisión final, primaba el derecho a la autodeterminación y, en consecuencia, ordenó se la desconectara del respirador artificial: Nancy murió en febrero de ese año de 1992.¹⁹⁰

2.- Dentro del caso de pacientes en estado vegetativo persistente y decisiones de sus familias sobre ellos, surge en Inglaterra uno de los casos más importante ocurridos hasta la fecha, específicamente, el de Tony Bland, el cual se planteó ante la justicia inglesa luego de que este joven quedara en estado vegetativo persistente después de la catástrofe sucedida en el Estadio de Hillsborough en 1989. Transcurridos cuatro años del accidente y sin posibilidad alguna de mejoría, sus padres solicitaron judicialmente que se autorizara el retiro de la sonda nasogástrica a la que se le mantenía conectado. El caso fue en definitiva resuelto por la Cámara de los Lores actuando como Tribunal Supremo de Justicia, la cual estimó que su

¹⁹⁰ MEDINA Graciela – SENRA Laura; “*Aspectos Legales de la Eutanasia*”; en Revista UBA: Encrucijada n° 34; agosto de 2005, disponible en: <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000197.pdf> (consulta marzo 2007)

papel era resguardar el mejor interés del paciente, determinando si éste residía en seguir recibiendo tratamiento o en suspenderse a fin de que se produjera su muerte. Considerando que el tratamiento recibido por el joven no era capaz de beneficiar su actual estado de salud, la Cámara de los Loes examinó si podía producirle algún tipo de efecto dañoso, concluyéndose que la mantención de éste dañaba seriamente su dignidad al mantenerlo con vida en una situación totalmente indeseable y al no existir interés alguno del paciente relacionado con la mantención de esa vida, por esta razón y con el fin de evitar el sufrimiento que para el paciente y su familia podía significar este tipo de vida y considerando que Tony Bland no pudo dejar al respecto una voluntad claramente expresada - ya que su juventud no hacía presumible ponerse previamente en la situación en la que se vio a causa del accidente sufrido - la Cámara de los Loes autorizó la desconexión de la sonda nasogástrica que se le tenía insertada, produciéndose su muerte a los pocos días.

191

3. En E.E.U.U resalta el caso de Nancy Cruzan, resuelto por Corte Suprema de Los Estados Unidos en 1990. Por causa de un accidente automovilístico en 1983, Nancy Cruzan se encontraba en estado vegetativo, alimentada en forma artificial mediante una sonda. Sus padres en su calidad de representantes solicitaron autorización judicial para retirarle la sonda, actuación a la cual los médicos se negaban. Una hermana y una amiga de la víctima declararon que ésta les había manifestado que en caso de quedar en estado vegetativo no quería continuar su vida en estas circunstancias. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión pero

¹⁹¹ VIVANCO A. **Bien Morir...** ob cit . Además ANTONI ALVAREZ Josep, "*La Eutanasia a Debate*" disponible en revista electrónica <http://www.aula7activa.org/edu/libros/documentos/deutanasia.pdf> (consulta en marzo 2007)

la Suprema Corte de Missouri rechazó el pedido señalando que las manifestaciones hechas por Nancy no eran claras ni convincentes. Por su parte la Corte Suprema de los Estados Unidos aceptó en junio de 1990 el derecho de los pacientes a suspender o no someterse a determinados tratamientos como así también la constitucionalidad del "Living Will" (testamento vital), pero en el caso concreto no aceptó la petición de los padres por entender que ninguna persona puede asumir la elección por el incapaz si no se cumple con los requisitos exigidos por el "state Hill living" y no hay claras y convincentes evidencias del deseo del paciente.¹⁹²

Sin embargo, hubo importantes votos de minoría a este fallo, en los cuales se consignaron argumentos tales como "el rechazo de la idea de que el Estado se constituya en garante de la vida de Nancy si no era ese su deseo, ya que no existe ningún interés general legítimo de mantenimiento de la vida que pueda prevalecer sobre el de la propia persona... El interés del Estado solo estriba en determinar la voluntad de esa persona, o bien asegurarse que aquella que toma la decisión por el paciente es la que este hubiera elegido" (juez Brennan) y el de que "por encomiable que sea el interés del Estado hacia la vida humana no puede fomentarlo apropiándose de la vida de Nancy Cruzan como símbolo para sus propios fines" (juez Stevens).¹⁹³

Finalmente, el proceso vital de Nancy llegó a su fin tiempo después, no siendo autorizada la suspensión de hidratación y alimentación que habían solicitado sus padres.

¹⁹² MEDINA – SENRA- 2005, ob cit

¹⁹³ VIVANCO A. "*Bien Morir...*" ob cit. Además FARIAS Gisela "*Eutanasia No Voluntaria a propósito del caso de Terry Schiavo*": disponible en revista electrónica <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0172.pdf>, (consulta Abril 2007

2.- Otro caso en los Estados Unidos lo representa el de Teresa Marie Schiavo o bien conocida como Terri Schiavo, resuelto por el tribunal del condado de Pinellas en el Estado de Florida en el año 2005. A los 26 años de edad Terri quedó en estado vegetativo tras un ataque cardíaco, a causa de una súbita baja de potasio en su organismo debida, al parecer, a una estricta dieta para adelgazar. A los 41 años y una década y media de vivir en estado vegetativo conectada a una sonda y alimentada artificialmente; su esposo Michael Schiavo (quien ejercía la tutela) en 1998, solicitó a la justicia por primera vez que se la desconectara porque su mujer "nunca quiso vivir así", aunque no dejó nada escrito que expresara ese deseo. Ante un nuevo pedido del esposo en el 2003 el tribunal del condado de Pinellas, Estado de Florida, autorizó a quitarle la sonda; sus padres solicitaron el 24 de marzo de 2005 que se les conceda la custodia legal de Terri y que fuera nuevamente conectada a la sonda, pero el pedido fue rechazado. Frente a ello el Parlamento se reunió de urgencia para aprobar una ley que detenga su muerte. Sin embargo la sonda que alimentaba a Schiavo en un hospital de Florida fue retirada contra la opinión de sus padres que deseaban mantener a la mujer con vida. Finalmente Schiavo murió el 31 de marzo de 2005 por deshidratación. Antes de morir Terri ya había sido desconectada en dos ocasiones. La última vez el 15 de octubre de 2003, cuando sus padres recurrieron al Gobernador Jeb Bush y lograron que volviera a ser conectada a la sonda que la alimentaba.¹⁹⁴

¹⁹⁴ MEDINA – SENRA- 2005 ob. cit; / además “**Muerte de Terry Schiavo aumenta la polémica de la eutanasia y la muerte digna**”, en Wikinoticias en; http://es.wikinews.org/wiki/Muerte_de_Terry_Schiavo_aumenta_la_pol%C3%A9mica_de_la_eutanasia_y_la_muerte_digna; o Además FARIAS Gisela “**Eutanasia No Voluntaria a propósito del caso de Terry Schiavo**”: disponible en revista electrónica <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0172.pdf>, (consultas Abril 2007)

3.- También en los Estados Unidos, sobre la situación de pacientes en estado vegetativo persistente y de decisiones de sus familias, destaca el caso de Karen A. Quinlan.

Este caso que prácticamente dio origen a la jurisprudencia norteamericana sobre la materia, se refiere a Karen, una muchacha que a consecuencia de una importante dosis de alcohol y barbitúricos, perdió el conocimiento el 14 de abril de 1975, y aunque se intentaron diversas medidas de reanimación, no fue posible que recobrase la conciencia, y los médicos declararon que estaba sumida en un estado vegetativo persistente sin posibilidades de recuperación de vida consciente. Frente a la solicitud de sus padres de cesar en los tratamientos y dejarla morir en paz, el Hospital de Saint Claire, en el que ella estaba internada y conectada a un respirador, se negó a desconectarla aduciendo razones morales y legales.

La causa llegó al Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey cuyos siete jueces decidieron en 1976, unánimemente que Karen A. Quinlan tenía derecho a morir con dignidad, por lo cual se autorizaba a desconectar su respirador. Sin embargo, Karen siguió respirando por sí sola después de ser desconectada del respirador y murió en mayo de 1985 de una neumonía en su propia casa, después de diez años de encontrarse en coma y alimentada por una sonda.¹⁹⁵

4.- En Argentina destaca el caso Caso Bahamondez. Por la vía de una solicitud de una medida cautelar por parte del señor Bahamóndez, el caso llegó a la Corte

¹⁹⁵ VIVANCO A. "*Bien Morir...*" ob. cit.- Además BAENA Cecilia; BECCO Guillermo, FIGUEROA Eduardo, "*La Eutanasia*", disponible en revista electrónica: <http://www.monografias.com/trabajos/eutanasia2/eutanasia2.shtml> (consulta marzo 2007)

Suprema de Justicia de la Nación Argentina, frente a la cual el recurrente hizo presente que resultaba erróneo acusarlo de cometer a causa de su negativa a recibir transfusiones y medicaciones un "suicidio lentificado", ya que su voluntad era vivir, mas no deseaba aceptar un tratamiento médico que resultara contrario a sus íntimas convicciones religiosas, en su calidad de Testigo de Jehová, además de considerar que imponerle una transfusión de sangre avasallaba sus garantías constitucionales de libertad de culto y principio de reserva. La Corte emitió su fallo con fecha 6 de abril de 1993 y, basándose en circunstancias fácticas del caso, consideró que no existía agravio actual que enmendar, ya que el paciente había sido dado de alta, como asimismo resultaba imposible inferir las consecuencias que negativas de esta especie -de él o de otros miembros del grupo "Testigos de Jehová"- podrían tener en el futuro sobre la vida y la salud de estas personas, por lo cual se consideró incompetente para pronunciarse sobre la materia. Sin embargo, en los votos de minoría del fallo citado se establece: a) la negativa de toda posibilidad "de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de motivaciones de la decisión del paciente" y se explica que, en rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional dice que "acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden "disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, en cuanto les es propio"; b) La consideración que "la posibilidad que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de la

intimidación corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho a la autonomía individual, fundamento este sobre el que reposa la democracia constitucional, concluyendo que "no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros."¹⁹⁶

Otros casos rayanos entre la eutanasia pasiva, consistente en el cese de tratamientos y la actividad médica destinada a la provocación directa de la muerte del paciente se producen en Italia con motivo de los casos de Giovanni Nuvoli y de Piergiorgio Welby.¹⁹⁷

(En anexo N° 2 de esta tesis se inserta un cuadro comparativo de las jurisprudencias analizadas)

¹⁹⁶ .VIVANCO A. "Bien Morir..." ob. cit.- además en texto íntegro de la sentencia se encuentra disponible en http://www.cpacf.org.ar/gris/X_jurispru/Bahamondez.doc (consulta en marzo 2007)

¹⁹⁷ "Un enfermo terminal que pedía la eutanasia en Italia muere en huelga de hambre. Giovanni Nuvoli era italiano, de 53 años, enfermo de esclerosis lateral amiotrófica, y pedía que le desconectaran el respirador que le mantenía con vida. Tras una huelga de hambre y sed, ha fallecido en su casa de Alghero, en la isla de Cerdeña. Su muerte que no sólo ha conmovido a la sociedad italiana sino que, además, ha reabierto el peliagudo debate sobre la eutanasia. El Radical, Marco Pannella, (dice) todo estaba dispuesto para que un anestésista llevara a cabo la petición de Nuvoli. No obstante, a principios de julio la policía italiana intervino. Por esta razón, Nuvoli empezó a rechazar la comida y la bebida a modo de protesta. Pero la salud del enfermo se fue agravando en los últimos días. "Ha sufrido como un perro", ha dicho la mujer de Nuvoli, Maddalena Soro, al contar que su marido se dejó morir tras decidir no ingerir alimentos el pasado 16 de julio. El europarlamentario del partido Radical Marco Cappato también ha sido enfático: "Giovanni Nuvoli ha muerto de una manera indigna por una decisión obligada del Estado italiano". El caso de Nuvoli, que desde hace siete años vivía postrado en una cama, se suma a la decisión que tomó ayer (23 de julio de 2007) la jueza de la audiencia preliminar del Tribunal de Roma Zaira Secchi: no llevar a juicio a Mario Riccio, el médico anestésista que desconectó el respirador que mantenía con vida a Piergiorgio Welby. El enfermo se lo había pedido". **EFE/EUROPA PRESS** - Roma - 24/07/2007 artículo electrónico disponible en <http://www.eutanasia.ws/textos/nuvoli0707.doc> (fecha consulta septiembre 2007)

SEGUNDA PARTE: LA ACTUACIÓN DEL MÉDICO ANTE LAS EUTANASIAS EN EL SISTEMA CHILENO

4.- Capítulo Cuarto: Legislación, normativa y doctrina chilena frente a la actuación del médico

4.1 Generalidades

Una síntesis de lo acumulado hasta este capítulo nos permite aseverar que, la doctrina penal chilena en su mayoría y en la pluma de los principales exponentes del pensamiento jurídico local, son contestes en reconocer el principio de la supremacía del bien jurídico vida, por sobre otros bienes y consideraciones éticas o normativas, como asimismo, que en su sentido más elemental, la persona debe entenderse como una realidad físico biológica cuya existencia o inexistencia, no se puede hacer depender de otras valoraciones sociales. En otros términos, la protección que se le dispensa es independiente de las consideraciones que ella merece tanto al propio titular como a la colectividad, “en consecuencia la vida de la especie humana en su aspecto orgánico es protegida por las figuras de homicidio desde el primer instante que adquiere autonomía hasta su extinción, sin importar su intensidad, plenitud o el tiempo que tiene o le queda”¹⁹⁸... pues “tratándose de los delitos contra la vida el bien jurídico protegido es considerado no disponible por el interés social comprometido en su conservación...”¹⁹⁹ Asimismo, señalan respecto de la disponibilidad de la vida que: “hay consenso entre los tratadistas nacionales de que el consentimiento no sólo no ofrece trascendencia en los delitos contra la

¹⁹⁸ GARRIDO MONTT, “*El homicidio y sus Figuras Penales*” ob. cit 1994, pag 11

¹⁹⁹ ETCHEBERRY ob cit. Tomo III 1997 pag. 41

vida, sino también en aquellos que se refieren a la salud o la integridad física”.²⁰⁰ De este modo, nuestro Derecho Penal aborda el objetivo de preservación de la existencia humana sancionando las acciones u omisiones que sean dirigidas a su exterminio; sin consideraciones de ninguna naturaleza respecto del individuo a quien pueda afectarse su derecho o garantía.

Partiendo desde el concepto de nacimiento para fines penales como ya asentáramos y hasta el deceso del ser humano en los términos tradicionales de paro cardiorespiratorio o de muerte cerebral regulada por la legislación sobre donación de órganos de conformidad a la Ley N° 19.451.- zanjado que exista una suerte de disponibilidad de la vida, ha quedado de plano excluida la posibilidad de que el consentimiento o solicitud del titular del bien pueda servir para exculpar a quien le dé muerte o a quien lo auxilie para suicidarse, pues “La ley chilena no considera expresamente la eutanasia en las reglas relativas al homicidio, por otra parte, en el texto legal como en la consideración de los principios generales revelados por ejemplo en la punibilidad del auxilio al suicidio, nos indican que el consentimiento no es relevante en esta materia”.²⁰¹ Es cierto que lo dicho y en los términos tajantes arriba enunciados, debe ser considerado como aplicable únicamente en lo que respecta a la variante de la eutanasia activa; ya que como se comprueba hasta ahora, existe una reserva del termino de “eutanasia” entre los autores nacionales solo para esta modalidad, lo que provoca en la doctrina nacional equívocos o discursos erráticos pues, tratándose de las eutanasia del carácter pasiva o de desconexión, el criterio mas o menos invariable, es que los casos en

²⁰⁰ GARRIDO MONTT, “*El homicidio y sus Figuras Penales*” ob. cit.- 1994, pag 117.- Además Derecho Penal Tomo II pag

117

²⁰¹ ETCHEBERRY op cit. Tomo III 1997, pag. 41

que concurren ciertas condiciones de facto no deben ser considerados “homicidios por omisión”,²⁰² habida cuenta de que se estaría en presencia de un “encarnizamiento terapéutico” procedimiento reprobable, donde la técnica sólo busca postergar una muerte inminente; lo paradójico es que la desconexión se adoptará previa consignación del “consentimiento” del paciente o de su familia - esto es – la voluntad si juega un rol en estos casos y la obligación del personal médico se limitara a los cuidados ordinarios para evitar los consecuentes sufrimientos de la agonía, pues, de sobrevenir la muerte no habrá exigencia de otra naturaleza que reclamar, atendido que el actuar médico está eximido de responsabilidad penal al actuar al amparo del “ejercicio legítimo de un oficio o cargo” (artículo 10 N° 10 del CP); eutanasia legitimada que debe siempre ser considerada a la luz de tales criterios y condiciones mencionadas, especialmente resuelto el carácter de irreversible del fenómeno mortal, pues, para otros casos, como viéramos en los supuestos de negativas a tratamientos por razones de orden religioso o en huelgas de hambre por motivaciones de orden político, gremial o social, la doctrina no ve allí sino derechamente un intento de suicidio y en tal premisa, los tribunales son también acordes en que en tales casos y ante “el cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados”.²⁰³ Todo lo expuesto es aplicable además dentro del contexto doctrinario a los casos de eutanasia por medios indirectos, pues para la doctrina nacional no constituye delito frente al enfermo desahuciado el proporcionarle un tratamiento con sustancias que alivien sus intensos sufrimientos, aunque ellas además produzcan el efecto de abreviar el lapso de sobre vida

²⁰² POLITOFF; MATUS y RAMIREZ ob cit. 2006, pag 39

²⁰³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, 2ª Parte, Sección Quinta (Santiago, 1992), p. 222

restante. Así, “no podrá castigarse al médico que la practica como homicida, entendemos aquí por realizarse tales actos conforme a la *lex artis*”.²⁰⁴ Además está señalar que lo que conocemos como eutanasia pura es tratada por los autores nacionales derechamente ligado a la noción de ortotanasia, sin que se deriven mayores complejidades jurídicas a partir de ese concepto.-

Otro aspecto no menor, en el plano de la doctrina nacional es la general exclusión de alegaciones sobre calidad o dignidad de vida; si bien se acepta en concreto el hablar de “muerte digna” para los fines de justificar las eutanasia pasiva e indirecta; es también un criterio predominante que las situaciones de enfermos que deben de sobrellevar una triste y dolorosa existencia o sobrevida indeseada, no permiten en nuestro sistema como en la mayoría de las legislaciones mundiales, justificar el homicidio a ruego, a tal punto y salvo los casos analizados en Europa y Uruguay o Colombia, sea impune el dar muerte a otro por razones de piedad.- En palabras de los profesores Matus Politoff y Ramírez: “Al redactarse nuestro código y enfrentada la comisión redactora ante el texto del Código Penal español que le servía de modelo, fue el parecer de esta suprimir la norma que regulaba la muerte consentida (inc. 2º del artículo 409 del CP español de 1848-1850) con el argumento de que si alguien ayuda a morir a otro “hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte” tal hecho, indudablemente constituye un verdadero homicidio y debe ser calificado como tal.”²⁰⁵

²⁰⁴ POLITOFF; MATUS y RAMIREZ, ob cit. 2006 pag 39

²⁰⁵ POLITOFF; MATUS y RAMIREZ ob cit. 2006, pag 37 En fuerza de este argumento es que citan la sentencia de la Corte de A. de Santiago, de fecha 12 de junio de 1979 ; donde quien disparo a ruego del que murió fue condenado por homicidio, con el argumento de que el ofendido “carecía legítimamente del derecho de disponer de su propia vida “ rechazando la solicitud de la defensa en orden a calificar el hecho como auxilio al suicidio (Gaceta Jurídica 26.24)

Hecho este breve relato, es del caso dejar por asentado que la noción de dignidad o calidad de vida, es por esencia subjetivo.²⁰⁶ De modo que, lo que es para unos insufrible e indigno para otros bajo una concepción estoica o religiosa será un imponderable al que hacer frente y aceptar como un desafío vital.²⁰⁷ Pero es necesario, en los casos de la eutanasia pasiva y en especial tratándose de la eutanasia indirecta, considerar el aspecto de la calidad de la vida que resta al paciente, pues sólo desde esa consideración tiene sentido la suspensión o desconexión de medidas o el aceleramiento del deceso por medio de depresores del dolor. Así establecido, los médicos deben en todo caso usar el patrón de la dignidad de vida como uno de los parámetros fundamentales dentro del juicio de proporcionalidad terapéutica como así lo establece el artículo 23 del Código de Ética del Colegio Médico al disponer que “Toda persona tiene derecho a morir dignamente. Por consiguiente, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos deberán ser proporcionales a los resultados que se pueda esperar de ellos” adoptando medidas que sean adecuadas sólo a una posibilidad razonable de recuperación. Queda establecido, no obstante y como se ha dicho precedentemente, que la dignidad de vida es un tema ambiguo donde los distintos

²⁰⁶ “En otras palabras, una vida que tiene un sentido *per se*, justamente no pierde este sentido por el dolor, pero si una vida cuyo fundamento se agota, por falta de un sentido vinculante, en – como se dice corrientemente – la calidad de vida. Además: no solamente los padecimientos transmitidos por los vínculos con el cuerpo son los que pueden hacer parecer una vida como no deseable; más bien se trata de cualquier clase de padecimiento, si no existen un sentido categórico, se puede computar, en principio, todo lo restante.” JAKOBS Günther, “**Sobre el Injusto del Suicidio y del Homicidio a Petición**”; ob. cit.- pag. 25- 26

²⁰⁷ Notable es la fuerza y testimonio de vida de la joven Daniela García, habiendo perdido sus extremidades en un accidente ferroviario, da fe de su pretensión de existir en su libro “**Elegí Vivir**”, el cual es posible leer o imprimir desde la pagina: http://enescena.canal13.cl/espectaculos/enescena/html/Miscelaneo/196814ltplqmisc_i_tpl.html (consultado en abril de 2007)

actores involucrados (familiares, pacientes, jueces y en especial el personal médico) pueden controvertir en lo fundamental del concepto.

Ya hemos corroborado como en este tema, la colisión fundamental de bienes jurídicos, desde la perspectiva jurídica, se produce entre el valor de la libertad y por otra parte, el valor vida; donde la pacificidad del tema en Chile es una de carácter aparente; pues no cabe duda que de la mano de la globalización y la internacionalización de las ideas, los actuales conceptos minoritarios van a abrirse paso; asimismo, el pujante relativismo y la consolidación de una ética privada por sobre la ética pública o social son fenómenos innegables en que, en el escenario social cada cual se vuelve su propio y único juez, ello fundado -una vez más- en el principio de la igualdad, el cual el individuo exige a la sociedad ser igualmente salvaguardado de su injerencia, por más que el concepto de "uno mismo" versus el de "terceros" no siempre se encuentre claramente definido o distinguido, como ocurre por ejemplo con la libertad de elegir, con los llamados derechos reproductivos y con la disposición de la vida",²⁰⁸ fenómeno que se irradia hacia Chile por la fuerza de los nuevos parámetros jurídicos que desde los países nórdicos llegan a España y pasan luego al resto de América Latina; implican ideas de prevalencia de la libertad de conciencia y de vida, propias de países anglosajones en que tiene mayor peso el valor de la libertad, que el resto de los bienes jurídicos. En Chile, sin embargo, aun prima como "una isla" el concepto de indisponibilidad de la vida basados entre otras cosa en que "La inviolabilidad de la vida por uno mismo, o por otra persona, es fruto de la civilización judeocristiana, que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la

²⁰⁸ VIVANCO A.; "*Bien Morir..*" 2002 ob. cit

Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas.²⁰⁹ Como expresa Etcheberry en su aludida obra de "Derecho Penal" "la integridad corporal y la salud no constituyen bienes disponibles página 114, Tomo III" (sic),²¹⁰ de donde se desprende que todo atentado en contra de estos bienes, es, a juicio de nuestros tribunales arbitrario e injusto; ya que si no se respeta la vida no tiene sentido alguno la salvaguarda de cualquier otro derecho.-

4.2 Breve análisis de disposiciones atinentes del sistema normativo chileno:

4.2.1 La Constitución Política de la República; articulado del que se desprende el principio ya estudiado de primacía del derecho a la vida y las interpretaciones del Tribunal Constitucional y cortes superiores de justicia;

Entre los derechos tutelados fundamentalmente por el recurso de protección en su art. 19 N° 20, se encuentran, entre otros: a) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (Art.19 N°1), b) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (Art. 19 N°6), y c) El derecho a la protección de la Salud, solamente en lo referente a la elección del sistema de salud, al que la persona desee acogerse, estatal o privado (Art. 19 N°9).

²⁰⁹ GACETA JURÍDICA 50 Santiago, 1984, pags 76 -79

²¹⁰ En la actualidad la cita de la sentencia debiese efectuarse a Etcheberry ob cit Tomo I pag. 241

En términos, textuales la carta fundamental señala: Artículo 1º.- (inc. 1º) Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (inciso 2º) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (inc. 3º) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- (inc 1º) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona

6º.- (inc 3º) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

9º.- (inc 4º) Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

Es un dogma entre algunos autores en lo relativo al artículo 19 N° 1, que: "...el derecho de mayor relevancia es, sin duda, el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona y por ello, entre los derechos enumerados en el Capítulo III de la Carta Fundamental, figura en primer término el derecho a la vida, demostrando que "en la enumeración del artículo 19 de la Constitución no se hallan los derechos *dispuestos al azar*, sino que siguiendo un *orden determinado*, es decir,

la *secuencia jerárquica* enunciada²¹¹; habiéndose efectuado por el propio constituyente una priorización consciente de las garantías; el de la vida representa la piedra sobre el que demás garantías deben encontrar su sentido y marco de acción.-

Las cuestiones así propuestas representan una reiteración majadera de los principios doctrinarios y jurisprudenciales vigentes en nuestro sistema, lo que no implica de que marginalmente no existan voces y una visión crítica, entre quienes reclaman del hecho de que las Cortes entienden y valoran por “vida” únicamente los aspectos somáticos o físicos del ser humano, pero no los aspectos psíquicos y espirituales que forman parte de esta garantía integral, como se sostiene por los constitucionalistas: “El derecho a la vida representa, entonces, la facultad jurídica o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre. No sólo, pues, en su dimensión biológica, en la integridad física, sino que también en lo psíquico”²¹², por lo que al decir que Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la *integridad física y psíquica*, no se debe dejar de mano que vida debe ser concebida también desde el plano de la autonomía individual, habida consideración de la facultad que se concede a cada cual, en una sociedad democrática, para decidir qué es lo más beneficioso para cada quien y el subsiguiente derecho a actuar conforme a sus creencias y convicciones. Luego, la contradicción entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia sería solo aparente, pues al contrario de lo que se sostiene la Corte de Apelaciones de

²¹¹ CEA EGAÑA José Luis “*Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*”. Presentación y Estudio Introductorio, Editado por Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1996, pag. 59

²¹² VERDUGO, PFEFFER, Nogueira, “*Derecho Constitucional*”, Tomo I Editorial Jurídica, Santiago, 1999, pág. 199

Copiapó al decir que: “del cotejo de los intereses en conflicto, el derecho a la vida y la libertad de conciencia, debe prevalecer el primero de los nombrados”,²¹³ la antinomia no resiste al paradigma de que esta última garantía constituye una reafirmación del derecho a la vida; ya que cuando se respeta la “autonomía” del ser humano, se cumple lo que señala la Constitución en el artículo 1º, inciso 4º, respecto a que la finalidad del Estado es precisamente promover a través del bien común, la mayor realización espiritual y material posible de sus ciudadanos. De este modo el respeto por los derechos humanos básicos como la autonomía, voluntad, dignidad y libertad, es esencial para contribuir a la realización espiritual de los individuos y asimismo calificar de vida una existencia.

Con esta argumentación surge como contrapartida, la visión crítica de aquellos que dan cuenta de un fenómeno especial a raíz del surgimiento o “creación o invocación de nuevos derechos constitucionales”,²¹⁴ como nuevas piezas de las clásicas garantías constitucionales o bien producto de una interpretación que importa una maximización del derecho de origen, al punto de que los ciudadanos exijan para dichos nuevos presupuestos y garantías preponderancia en relación a los clásicos derechos constitucionales; estableciendo un nuevo estatuto en que la libertad de conciencia y el concepto particular de dignidad, puede primar sobre el deber legal de resguardar la vida propia; ya que se estima que es al individuo a quien corresponde discriminar qué exigencias sociales o estatales está obligado a cumplir y observar de conformidad a sus convicciones íntimas; visto según lo reseña Angela Vivanco como el apogeo de la autonomía y de la ética individual a la que

²¹³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, 2ª Parte, Sección Quinta (Santiago, 1992), pag. 222

²¹⁴ VIVANCO A. “*Bien Morir...*” ob. cit.

nos referíamos en el acápite anterior.²¹⁵ En efecto y a modo ejemplar, esgrimir el derecho de disponer de la propia vida o de la ajena, cuando se la juzga sin sentido o significa sufrimiento o dolor propio “propietarizando” un bien que es de suyo indisponible.²¹⁶

Vivanco sigue en esta materia al autor español Andrés Ollero.²¹⁷ El quid de dichas posturas es evidentemente, de corte moral; donde destaca la crítica a que este exceso de entendimiento de la libertad, la autonomía y la ética individual, termina transformando al individuo de la especie humana en una cosa, disponible primero por él y luego por otros; ideas que se reducen a desestimar la preponderancia de la ética particular por sobre la social. Sin embargo este argumento cuenta con detractores del peso de Roxin o Mir Puig; quienes más allá de las ideas altruistas o de corte ético; plantean que la discusión debe reposicionarse en el propio sentido del derecho penal pues “Al ser el bien jurídico fundamento de la imputación penal y la pena una forma de defenderlo y por lo que el derecho penal sirve a la función de protegerlo y a través de la prevención de delitos, los bienes jurídicos no son sino “las condiciones necesarias de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales y siempre que dichas condiciones se traduzcan en posibilidades concretas de

²¹⁵ Una mirada en tal sentido es la ofrece Jakobs al señalar que: “Es posible que el ciudadano individual adopte en su vida privada un sentido categórico, o también susceptible de restricciones, que no se vera afectada por la finalización de la vida, o incluso un sentido cuya realización, o bien su no destrucción, exija justamente el acabamiento de la vida. Aquellos judíos que mediante el suicidio (o por no dejarse matar a petición; a más tardar aquí, la limitación devendrá en una nimiedad) se sustrajeron a su padeciente exterminio por los persecutores del nacional-socialismo, no es que hayan sido todos nihilistas respecto del sentido de la vida; lo mismo vale para los que ofrecieron resistencia contra Hitler y fracasaron. Al respecto, y respecto de casos comparables que puedan acontecer en la esfera de los privado cuando están en orden los asuntos públicos, ya nada se puede censurar si el sentido de la vida ha desaparecido del ámbito de lo público; pues, entonces nada vinculante del orden público, puede contraponérsele a lo dispuesto en el ámbito privado; solamente esto es que importa.” JAKOBS Günther, “*Sobre el Injusto del Suicidio y del Homicidio a Petición*”, ob. cit.- pag. 26

²¹⁶ VIVANCO A. “*Bien Morir...*” ob. cit.

²¹⁷ VIVANCO A. “*Bien Morir...*” ob. cit..

participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social” y, por lo mismo, es patente que la muerte acaecida por un suicidio asistido o por eutanasia no afecta la participación social”;²¹⁸ “Lo que hace legítima la intervención coactiva del Estado no es la ejecución por medio de la fuerza de cometidos religiosos o morales sino que la creación y mantenimiento de un sistema social determinado y en beneficio de los individuos que lo integran lo cual significa que la punición de una conducta se justifica en cuanto ello es necesario para resguardar a la sociedad, es decir, el *ius puniendi* ha exclusivamente de ejercerse respecto de hechos disfuncionales para el sistema social, con independencia de su gravedad moral”²¹⁹; tan sólo cabe penalizar el proceder socialmente dañoso, o sea, “todo fenómeno disfuncional social que, junto con lesionar un bien jurídico, impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia”.²²⁰ Al respecto Hassemer dirá que: “El concepto de bien jurídico se formula como arma contra una concepción moralizante del derecho penal y, por eso, para declarar una conducta como delito no basta con que suponga infringir una norma ética o divina sino que también es necesario, ante todo, la prueba que lesiona intereses materiales de otra persona, que lesiona bienes jurídicos”.²²¹

Por su parte asevera Roxin: “Las personas, diariamente, ven cernirse sobre sí amenazas por conductas ajenas como propias (v. gr., malos hábitos alimenticios,

²¹⁸ MIR PUIG Santiago, “*Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Métodos*”; Catapulta Editores, Madrid, 2002, pag. 122 y sgts.

²¹⁹ MIR PUIG S. ídem

²²⁰ MIR PUIG S. ídem

²²¹ HASSEMER, Winfried. “*Fundamentos del Derecho Penal*” (traducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis). Barcelona: Bosch, 1984, pag. 37 (citado por Jaime Ríos, en “*El Consentimiento en Materia Penal*” ob cit. Pag 33)

ingesta de drogas socialmente aceptadas: alcohol y cigarrillos) pero tales actos no pueden ser objeto del derecho penal si no afectan a alguien contra su voluntad; es más, el suceder del existir de cada cual y conforme a un proceder propio y voluntario es, simplemente, parte constitutiva del derecho a realizarse y en esto no puede tener injerencia el Estado ya que, si así fuere, el *ius puniendi* se convierte en instrumento para proteger al individuo contra sí mismo y en negación de la libertad que le es inherente; una intromisión estatal en la actividad de un sujeto cuyo propio hecho lo aflige es excusable sólo en relación a quien tiene autonomía deficitaria, esto es, persona con trastornos psicológicos o mentales, o que padece de coerción, error o similares, o bien que no ha alcanzado todavía madurez suficiente, como ser un joven”.²²²

La cuestión constitucional sólo comienza; sin embargo como veremos en el capítulo relativo a los proyectos de ley pendientes en la materia, no se debe obviar un órgano que tendrá un papel relevante en la discusión práctica y jurídica, el Tribunal Constitucional, cuyos fallos por cierto, analizaremos en un acápite especial de esta tesis.-

Además, continuando la revisión de textos positivos nacionales:

4.2.2 El Código Penal, que como ya hemos reseñado tantas veces apenas aporta algunas luces en la materia; no existen pues disposiciones atinentes en el párrafo destinado a la regulación del delito de homicidio, salvo dos normas relevantes contenidas en títulos diversos:

²²² ROXIN, Claus. *“Problemas Actuales de Dogmática Penal”*. 1ª edición (traducción de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ). ARA (Perú), 2004, pag. 33, (citado por Jaime Ríos, en *“El Consentimiento en Materia Penal”* ob. cit. pag 33).

a) Auxilio al Suicidio y el argumento de punibilidad de la eutanasia;

Artículo 393 del CP; “ El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo si se efectúa la muerte”

Un argumento esencial para descartar que la legislación chilena considere la posibilidad de la eutanasia activa y una de sus variantes el homicidio a ruego esta en el hecho de castigar penalmente la colaboración o asistencia al suicidio, como fuente innegable del argumento de que el consentimiento del interesado no es relevante en esta materia.²²³ “El suicida exitoso, cuyo cuerpo muy antaño era expuesto, atacado o destruido e impedido de reposar en cementerio, no puede ser castigado, pero no por eso no ha de pretenderse punir a quien dio auxilio para morir ya que, de no ser así, el derecho a disponer de la vida propia estaría creando para otro el derecho a matar; a igual creación daría lugar el enfermo terminal que para cesar los sufrimientos que padece pide que acaben con su existencia”.²²⁴

b) El delito falta de omisión de socorro; contemplado en el artículo 494 n° 14 sancionado con una pena equivalente a una y hasta cuatro unidades tributarias mensuales a quien “.. no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio”. La figura es de carácter mas simbólico en este ámbito (baste considerar la elevada pena de hasta 5 años contemplado para la misma figura en el Código Penal Francés); atendida la penalidad no cabe duda de que su virtud radica

²²³ ETCHEBERRY ob cit. Tomo III,1997 pag. 41

²²⁴ RÍOS, Jaime “*El Consentimiento en Materia Penal*” ob cit. Pag 32

en el hecho de ser base argumentativa para desechar la figura de la eutanasia activa, en consideración a los principios inspiradores de solidaridad y protección a la vida ajena como elementos de interpretación lógica, inmanentes al derecho penal chileno. Sin embargo, no cabe duda que en casos de un no actuar del médico, investido de una posición de garante; y en la situación de no atender al paciente con peligro vital, ya sea por medios propios o de su personal, la figura típica adecuada será en el ámbito del proceder doloso, el de un homicidio bajo el expediente de una omisión impropia (comisión por omisión subsumible en el artículo 391 del CP); o bien para el de la figura especial del cuasidelito del artículo 491 del CP que sanciona al personal médico que por negligencia culpable en el desempeño de su profesión causare un mal a las personas (crimen o simple delito).-

4.2.3 El código Sanitario Chileno por su parte no aporta elementos de juicio en esta materia, pues como dice Etcheberry, si bien establece una serie de reglamentaciones minuciosas sobre diversos aspectos del ejercicio de la profesión médica y otras afines, sus sanciones no son penales, sino multas meramente administrativas.²²⁵

4.2.4 Sobre las normas del sistema de salud o bien conocido por su sigla Plan Auge; (Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas) contenidas en la Ley 19.966, se reservarán para un análisis en detalle con motivo del capítulo referente a la eventual responsabilidad médica en los casos de eutanasia en Chile.-

²²⁵ ETCHEBERRY Alfredo; "**Tipos Penales Aplicables a la Actividad Médica**"; Revista Chilena de Derecho, Vol 13 Nº 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 1986, pag. 275

4.2.5 Código de Ética del Colegio Médico de Chile: señala el preámbulo del texto en comento que “El Código de Ética del Colegio Médico de Chile, es el conjunto de preceptos de carácter moral que regula la conducta de los colegiados en el ejercicio de la profesión, inspirados en principios y valores éticos reconocidos universalmente. El respeto a la vida y a la persona humana son fundamentos básicos en el ejercicio profesional de los médicos. Los principios éticos que gobiernan sus actos los obligan a defender al ser humano ante el dolor, el sufrimiento y la muerte prematura evitable, sin discriminaciones de ninguna índole. El decoro, la dignidad y la integridad moral en todas sus acciones, y el bien del paciente como su preocupación esencial, constituyen los rasgos más relevantes del perfil del médico. Asimismo, debe siempre observar en su actuación un desempeño prudente y comprensivo, capaz de garantizar la pertinencia y calidad de su atención, asumiendo el compromiso moral de mantener sus conocimientos permanentemente actualizados”.

Según el doctor Carlos Trejo, el Código de Ética gremial es fruto de un consenso de los asociados sobre materias y puntos en los existe una claridad suficiente; por ende destaca que:

- 1.- El Código de Ética Médico es la resultante de la experiencia adquirida por estos profesionales a través de la historia explicitada en normas positivas.-
- 2.- Se trata de un instrumento de perfección médica, por lo tanto, para el uso exclusivo de ellos por ellos y para ellos.-
- 3.- Puede ser un referente útil para otras personas, pero sólo en ese carácter.-

4.- Por ser la resultante experiencial debe ser constantemente reestudiado. Es una herencia en el sentido que nos dice Paul Ricoeur “una herencia solo es viviente mientras pueda ser reinterpretada creativamente en las nuevas situaciones”

5.- Se juzga en conciencia. Basado en los hechos objetivos aportados por las partes y en normas previas que existan al respecto y que ilustren la causa. También en los conocimientos científicos admitidos y con la participación de la experiencia o asesoría de personas idóneas. ²²⁶

En cuanto al cuerpo del texto importa especialmente el Título II que se refiere a los Deberes Generales del Médico, haciendo especial hincapié en el deber de respetar la vida humana desde su inicio y hasta su término. El Título III que regula las Relaciones del Médico con sus Pacientes, destacando entre las reglas generales de comportamiento los principios de confianza, libertad y autonomía. Asimismo, sanciona al médico que actúe con negligencia, imprudencia o impericia. En este Título se consagra, asimismo, un párrafo dedicado a la Información y al Consentimiento, destacando especialmente la autonomía del paciente para aceptar o rechazar pruebas diagnósticas y tratamientos. ²²⁷

²²⁶ TREJO MATORANA Carlos; “*La Responsabilidad Ética en el Ejercicio de la Medicina*”; Revista Chilena de Derecho, Vol 13 Nº 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 1986, pag. 256

²²⁷ Sobre esta materia no se debe obviar los que en plano ético además propone La Asociación Médica Mundial, organización que ha abordado la cuestión de la eutanasia por primera vez en Nueva York en 1950. La ha condenado "en cualquier circunstancia". Más recientemente en Lisboa (2 de octubre de 1981), en la Declaración sobre los Derechos del Paciente, la AMM reconoció el derecho a morir con dignidad. El enfermo tiene el derecho a rehusar un tratamiento. En Venecia (1983), se consagró una declaración de principio sobre la fase terminal de la enfermedad por abstención de asistencia. De acuerdo con la Declaración de Venecia, el médico tiene por misión sanar y, en la medida posible, aliviar los sufrimientos, teniendo siempre en vista el interés primordial de su paciente. Este principio no tiene excepciones, incluso en caso de enfermedad incurable o de malformación. En la declaración de Marbella (1992), la AMM declaró que el suicidio médicamente asistido es, como la eutanasia, contrario a la ética y debe ser condenado por la profesión médica. El médico

4.2.6 Textos Internacionales: En lo referente a los tratados internacionales no existe norma constitucional que los regule, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha fijado su valor; (por ejemplo al establecer que su incorporación al sistema jurídico interno se produce sólo por la promulgación por decreto presidencial y la publicación en el Diario Oficial) el profesor de derecho publico internacional Santiago Benadava; expone ²²⁸ que la mas reciente jurisprudencia se inclina por admitir la tesis de la suprallegalidad, esto es, la prevalencia de un tratado internacional en que Chile es parte sobre una ley interna, ya sea esta anterior o posterior al tratado.

Como consecuencia de la enmienda introducida al inciso segundo del articulo quinto de la Constitución Política Chilena, surgen problemas de interpretación atingentes a la viabilidad del posible reconocimiento de la eutanasia activa como un derecho accesible por los ciudadanos; a saber el texto señala que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Entre los problemas de interpretación que es menester tener en consideración para estos efectos, está el del listado o repertorio de los derechos esenciales que emanan de

que, de manera intencional y deliberada, ayuda a un individuo a poner fin a su vida, actúa contrariamente a la ética. GARAY OPAZO O. *“Límites al Procedimiento Salvador en la Constitución”* articulo en GJ. 253 - 2001 – pag 12 y sgtes

²²⁸ BENADAVA Santiago; *“Las Relaciones Entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”* en Nuevos Enfoques del Derecho Internacional, Coordinación Avelino León Steffans, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992 pp 9-59

la naturaleza humana como límite al ejercicio del poder y el dilema de la jerarquía, si existiese, de los derechos humanos consagrados en los tratados;

a) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 a (iii), de 10 de diciembre de 1948; establece en lo fundamental desde su artículo primero que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En su artículo tercero dispone que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.-

b) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (*Entrada en vigor*: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49) establece en su artículo quinto N° 1 que: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. Más adelante indica en el número 2: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Dicho lo anterior el tratado es tajante al exponer en su artículo sexto N° 1 que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este

derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

c) Convención Americana Sobre Derechos Humanos; Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969; en su Capítulo Segundo relativo a Derechos Civiles y Políticos establece o reconoce: artículo 3º: “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”; Artículo 4º: “Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” asimismo y mas adelante dispone en su artículo 11: “Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Finalmente es al capítulo V sobre deberes de las personas señala en su artículo 32: “Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En general se ha considerado de manera casi uniforme que la enmienda constitucional del artículo quinto ha elevado los tratados internacionales que consagran derechos humanos a rango constitucional.^{229 230}

Curiosamente las Cortes de Apelaciones han sido lo primeros tribunales superiores de justicia en que se dio lugar a la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos; paradójicamente, a su vez, desechándose toda interpretación contraria al principio de supremacía de la vida; en el contexto del permanente debate sobre la aplicación de transfusiones de sangre a Testigos de Jehová. Un recurso de Protección fue interpuesto por el médico tratante de un paciente que se negaba a tal procedimiento, indispensable para mantener su vida, el paciente a su vez invocó para que se desestimara el recurso su derecho a la integridad síquica y moral, reconocida en la Convención Americana y su derecho a la libertad de conciencia sin discriminación, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En definitiva la Corte resolvió que primaba el deber del Estado de proteger la vida de la persona

²²⁹ Varias disposiciones del derecho internacional positivo afirman que nadie puede ser intencionalmente privado de su vida (artículos 2 (1) del CEDH, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 4 (1) de la CADH). En cuanto a la eutanasia activa a petición del enfermo, es muy dudoso, por una parte, que se pueda renunciar a la titularidad del derecho fundamental a la vida por la intervención de otro sujeto de derecho, y, por otra, que este último puede legítimamente prestar su colaboración, cuando sobre todo él está perfectamente consciente de las consecuencias de su acto. Hay que señalar, en efecto, que en ciertos sistemas de derecho interno, la supresión de la vida a petición del individuo interesado no es calificada de eutanasia, sino de asesinato por consentimiento. Cada vez es más discutible que la petición del paciente pueda ser considerada a priori como jurídicamente válida, particularmente ante el hecho de que los sufrimientos agudos y prolongados pueden muy bien debilitar la conciencia y el espíritu humano. GARAY OPAZO O. *“Límites al Procedimiento Salvador en la Constitución”* GJ. 253 - 2001 – pag 13

²³⁰ CUMPLIDO CERECEDA Francisco, *“Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos”* en Nuevas Dimensiones de la Protección del Individuo, Instituto de Estudios Internacionales; Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp 193; además R. DIAZ A. *“La reforma al artículo 5º de la Constitución Política”* en ibidem, pp 207

humana y acogió el recurso, ordenando que se practicaran al paciente las transfusiones necesarias.²³¹

²³¹ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia rol 1030-1995 de 02 de octubre de 1995 (Número de verificador de Lexis Nexis, versión digital 17.929)

5.- Capítulo Quinto: La Responsabilidad penal del médico frente a las eutanasias en Chile

Es probable que baste un resumen de los distintos aspectos de la eutanasia analizados hasta este capítulo para resolver la cuestión del título; sin embargo una serie de aspectos no alcanzados o descritos en profundidad justifican el volver sobre la clasificación de Roxin, relativa a los cuatro tipos o variantes posibles de eutanasia para efectuar los comentarios de rigor; al efecto.

5.1 La eutanasia pura y cuidados paliativos en el sistema nacional

Durante la labor de acompañamiento y de asistencia del médico al paciente desahuciado surge esta labor propia del cuidado paliativo, en que el tratamiento no incide en el curso vital y ella se refleja en la premisa del Código de Ética gremial al exponer que toda persona tiene derecho a morir dignamente; de allí que es innecesario un mayor análisis jurídico penal, por constituir un aspecto supralegal (alguien podrá decir de derecho natural). La labor profesional entonces, se remitirá a efectuar los tratamientos farmacológicos y aplicar los procedimientos técnicos prioritarios para el alivio del dolor sus síntomas asociados y la educación para el cuidado familiar o autocuidado, en sus casos. Esta tarea propia de la ars medica posee un expreso correlato en las regulaciones normativas del sistema de salud chileno y es parte del sistema de salud reformado a partir de la ley N° 19.966, que estableció el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas (AUGE), donde se contemplan los mecanismos legales necesarios para establecer e implementar

el "Régimen de Garantías en Salud" que, dota al Ministerio de Salud nacional de atribuciones para definir un conjunto priorizado de enfermedades y condiciones de salud y las garantías explícitas que tendrán las prestaciones de salud asociadas a ellas. Una de las garantías explícitas abordadas por el sistema y que tiene plena relación con la eutanasia pura, radica en los cuidados paliativos para enfermos terminales, específicamente por cáncer avanzado; lo que, desde un análisis crítico, genera en el sistema (por ahora) la exclusión parcial de otros enfermos terminales como los infectados con VIH o aquejados de algunos tipos de demencias como el Alzheimer en que los pacientes mayoritariamente fallecen por una complicación asociada a su enfermedad en la fases más avanzadas.²³²

La inclusión de este problema de salud en el listado AUGE es la continuación del Programa de Alivio del Dolor establecido por el Ministerio de Salud en 1995 a instancias de los especialistas de la Unidad de Cáncer de la División de Programas de Salud y el Departamento de Salud de las Personas.²³³

La atención de los pacientes con cáncer avanzado (terminal) se efectúa a través de lo establecido en las Normas Generales Técnicas del "Programa Nacional Alivio del Dolor y Cuidados Paliativos a pacientes con Cáncer terminal", del Ministerio de Salud; donde están contenidos los protocolos del tratamiento del dolor (tres protocolos) y control de otros síntomas. Sobre estos documentos, llama la atención

²³² CARLOS ÁLVAREZ Martín; "*Cuidados Paliativos Con El Enfermo de Alzheimer en Fase Terminal*", Ars Medica, Vol 5 Nº 5; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 2005 disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica11/Ars09.html> (consulta en marzo 2007)

²³³ JIMÉNEZ DE LA JARA Jorge, "*La Reforma Sanitaria de Chile y los Cuidados terminales*" Ars Medica, Vol 5 Nº 5; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 2005 disponible en <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica11/Ars11.html> (consulta marzo de 2007)

la definición que el protocolo del plan AUGE aludido otorga al concepto de dolor, que es en definitiva la materia u objeto esencial de la intervención profesional en la eutanasia pura. La definición tomada por el documento y propuesta por la Asociación Internacional para el Estudio del Dolor (IASP, Seattle, Washington) dice que: "El dolor es una desagradable experiencia sensorial y emocional que se asocia a una lesión actual o potencial de los tejidos o que se describe en función de dicha lesión. El dolor es siempre subjetivo. Cada individuo aprende a aplicar ese término a través de sus experiencias traumáticas juveniles. Indudablemente, se trata de una sensación en una o más partes del cuerpo pero también es siempre desagradable y, por consiguiente, supone una experiencia emocional" de allí que el protocolo afirme que el dolor por Cáncer sea por naturaleza, un dolor crónico "cuya característica patognomónica no es sólo el tiempo de duración, sino la presencia de alteraciones psicológicas (impotencia, desesperanza) que condicionan la conducta dolorosa. Debido al compromiso afectivo, puede ser tan maligno como para inducir al paciente al suicidio, aquí el dolor no es un síntoma sino la enfermedad misma".²³⁴ Muchos teóricos de las políticas de salud argumentan que poner entre las prioridades aquellas condiciones más sentidas por las personas, es una obligación. Así lo hace el jesuita. The Rev. Michael D. Place, presidente y CEO de la Asociación Católica de salud de los EUA, quien dice: "sí, debemos prohibir el suicidio asistido, pero debemos dar los pasos para mejorar el cuidado paliativo como parte de una reforma del sistema de salud".²³⁵ La inclusión del alivio del dolor

²³⁴ MINISTERIO DE SALUD, GOBIERNO DE CHILE; "*Alivio del Dolor Por Cáncer Avanzado y cuidado Paliativos; Protocolo Auge*"; documento de trabajo 23/12/2003, disponible en: http://www.minsal.cl/ici/pr_auge_2004/alivio_del_dolor_y_cuidados_paliativos.pdf.- (consulta en marzo 2007)

²³⁵ Citado por JIMÉNEZ DE LA JARA Jorge; "*Política y Organizaciones de Salud en Chile*" Revista Ars Medica, Vol 5 N° 5; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile; Santiago, 2002 disponible en:

en pacientes terminales representa nada menos que una consecuencia práctica del respeto a la dignidad de la persona humana. Por ello esta reforma sanitaria de Chile tiene un contenido humanista considerable.

Existe un cúmulo de normas penales aplicables, como bien analizáramos en el primer capítulo de esta tesis, que dicen relación con los casos de lesiones ocasionadas por personal médico interviniendo aun ante la negativa del paciente a recibir un tratamiento paliativo; o bien frente a la omisión profesional de cuidados en los casos en que es exigida por el paciente. Pues bien, la obligatoriedad profesional de actuar o de abstenerse no sólo reside en las normas estudiadas sino que surge además de los textos especiales del sistema sanitario; partiendo de los reglamentos del Ministerio de Salud destinados a regular el “Sistema de Garantías Explicitas en Salud” del régimen general de garantías en Salud contenidos en los decretos supremos N° 121 de 06 de mayo de 2005; N° 228 23 de diciembre de 2005; y N° 44 de 9 de enero de 2007. Textos desde donde se consigna el derecho ciudadano a obtener y acceder a los cuidados paliativos pertinentes en los casos de una enfermedad oncológica avanzada y en progresión; definiéndose los antedichos cuidados en el sistema como “una asistencia total y activa al paciente y a su entorno, por un equipo multiprofesional, en que uno de los objetivos es el alivio del dolor, cuando no hay posibilidades de curación y en que el tratamiento ya no consiste en prolongar la vida”.²³⁶ Otorgándose la garantía desde el 5º día de su diagnóstico y amparando al paciente con una cobertura financiera para cada caso.

<http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica5/PoliticaOrganizaciones.html> (consulta en marzo 2007)

²³⁶ NORMAS RELATIVAS AL SISTEMA DE SALUD, disponibles en: <http://www.minsal.cl/> (consulta abril 2007)

El fundamento legal, como lo señaláramos proviene en primer termino de la Ley 19.966, encargada de establecer las bases del (nuevo) sistema de salud chileno, legislación que además del abordar temas generales, anuncia en su artículo 11 que “Las Garantías Explícitas en Salud serán elaboradas por el Ministerio de Salud, de conformidad con el procedimiento establecido en esta ley y en el reglamento, y deberán ser aprobadas por decreto supremo de dicho Ministerio suscrito, además, por el Ministro de Hacienda” comprometiéndose el legislador en el artículo 4º a otorgar una “Garantía Explícita de Calidad” en las prestaciones de salud garantizadas en la forma y condiciones que determinan los reglamentos recién enunciados.-

Detallando lo analizado en el capítulo primero; las disposición penal aplicable al caso de omisión de cuidados está en la norma que tipifica el delito falta, de omisión de socorro, previsto en el artículo 494 nº 14 del CP. Para Etcheberry y el resto de la doctrina ²³⁷ la segunda hipótesis del numeral incluye los casos de enfermos e inválidos necesitados de auxilio; no importando el origen de la situación de peligro y de hallarse o no en despoblado; por cuanto, se entiende que los casos de omisión de asistencia ante el dolor es una forma de lesionar y maltratar a otro, cuya entidad dependerá del análisis casuístico y en su cuadratura a las hipótesis dolosas de lesiones graves menos graves y leves los artículos 396; 399 o 494 Nº 5 del CP, sin temor a incurrir en una analogía prohibida en sede penal. Asimismo, la contrapartida culposa esta derechamente consignada en el artículo 491 del CP relativa a la sanción al profesional de la salud negligente (sancionado éticamente

²³⁷ ETCHEBERRY ob cit Tomo IV 1997 pag. 19

en el artículo 22 del Código del Gremio); desde que la omisión de atención da pie a un cuasidelito de lesiones.-

Por otra parte; usando como punto de partida la normativa ética del Colegio Médico que dispone en su artículo 25 que: “Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente” es posible sostener que la atención de cuidados paliativos en contra de la voluntad del paciente y en los casos en que no está en juego el principio de primacía de la vida, constituirá un atentado a la esfera de autonomía e integridad física y psicológica del paciente, pues como bien señala Bacigalupo “Contra la voluntad del paciente no hay posición de garante del médico, ya que en sus palabras: “no existe ni un derecho del médico a curar, ni un deber de hacerlo con independencia del consentimiento del paciente. Reconocer al médico un derecho de tratar al paciente sería, en principio, dogmáticamente incorrecto y, además, contrario a la dignidad de la persona”²³⁸ (en Chile reconocida en el artículo 1º de la C.P.R). Más aún, la intervención del médico, no consentida por el paciente podría constituir un delito de lesiones, inclusive en los casos de la llamada eutanasia genuina (medidas terapéuticas que no llevan consigo acortamiento de la vida) especialmente si se acepta el criterio teórico, aunque minoritario, que estima que toda intervención médica realiza el tipo de las lesiones y que sólo cabe su justificación (o en su caso la exclusión del tipo cuando hubo consentimiento del paciente y actuación dentro de la *lex artis*), por cuanto, como asentáramos en su

²³⁸ BACIGALUPO ZAPATER Enrique, “*El Consentimiento en los Delitos Contra la Vida y la Integridad Física*”, ob cit - 1989- 1990 pags. 147 y sgtes

oportunidad (cap. 1.3.2) la actuación del médico no se subsume en el tipo penal por falta de imputación objetiva.²³⁹

Cabe mencionar, por otra parte que la Ley 19.966 establece desde su artículo 39 un detallado procedimiento en virtud del cual enuncia que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio estableciéndose, que los antedichos órganos en caso de condena, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones. Regulando además que la acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde la acción u omisión.

En cuanto a la indemnización por el daño moral, dispone la norma que responderán del incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud los prestadores inscritos ante la superintendencia de salud ya sean público o privados, además un procedimiento novedoso relacionado a estos aspectos de responsabilidad medica lo constituye el sistema de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud; detallado tanto en los artículos 43 y siguientes, párrafo II de la ley 19.966 y en el Decreto Supremo N° 47 de 1° de febrero de 2005.- Diseñando la figura de la mediación como un procedimiento no adversarial que tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversias. Obviamente

²³⁹ BACIGALUPO ZAPATER E. Idem

sobre aspectos netamente civiles o administrativas y no penales como se desprende del análisis del procedimiento, en que se aclara, que en caso de llegar a un acuerdo, se levantará un acta que surtirá los efectos de un “contrato de transacción”. Los montos que se acuerde pagar como resultado de la mediación obligarán única y exclusivamente los recursos del prestador institucional público involucrado. Otro cúmulo de derechos destinados a los pacientes se encuentra actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional como apreciaremos en el acápite referente a proyectos de ley referidos a la materia de la tesis.-

5.2 La Eutanasia Indirecta

Indicábamos en el capítulo primero, que este tipo de eutanasia cuenta con el debido respaldo normativo, se trata de la conducta del médico destinada a la mitigación de dolor pero que envuelve como efecto secundario una anticipación involuntaria del desenlace mortal; es un tema pacífico y aun claramente recomendado desde las instancias éticas del gremio al decir el artículo 23 del Código de Ética respectivo que “Toda persona tiene derecho a morir dignamente. Por consiguiente, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos deberán ser proporcionales a los resultados que se pueda esperar de ellos. El médico procurará siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar la vida”. Utilizando un lenguaje similar recordemos que Pio XII en una alocución a los anestesiólogos en el año 1957 los exhortó a utilizar la anestesia para evitar dolores violentos, estados morbosos de depresión y de angustia e incluso en los casos en que “produjese por si misma dos efectos distintos; el alivio

de los dolores y por otra parte la abreviación de la vida”,²⁴⁰ pensamiento recogido y desarrollado por la Congregación para la Doctrina de Fe. De este modo, ésta fórmula de eutanasia no debiese revestir mayor cuestionamiento desde el punto de vista penal, si consideramos además, que a juicio de los autores en general procede reconocerle una aceptación rayana en el deber profesional; así pues en palabras de Niño “la diferencia que apreciamos a favor de la eutanasia activa indirecta (por sobre la eutanasia pasiva) en términos de estricta lógica deontológica, reside, justamente, en la subsistencia del compromiso médico, con su obra, esa obra de singular relieve humanístico condicionada simultáneamente por las limitaciones de la ciencia que ejerce..”²⁴¹ ... “En términos estrictamente jurídicos, afirmamos entonces, que de la hipótesis planteada, el suministro equilibrado de fármacos hace parte del cumplimiento del deber del médico... el facultativo cumple su deber de asistencia al aliviar y serenar al yacente”.²⁴²

En Chile; la actuación del personal médico estará amparada en la noción de atipicidad; pues para algunos “las intervenciones quirúrgicas ejecutadas según un diagnóstico cuidadoso y conforme a los principios de la *lex artis* no requieren de justificación alguna porque yacen fuera de los límites del tipo en razón de su adecuación social”,²⁴³ desechando la otra posibilidad que aparentemente resultaría

²⁴⁰ MIRET MAGDALENA Enrique; “*Eutanasia, Filosofía y Religión*”; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 Nº 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003, pag. 102

²⁴¹ NIÑO L. ob cit. 1994 pag 114

²⁴² NIÑO L. idem

²⁴³ CURY E., ob cit. 2005 pag 371; - Por su parte Santiago Mir plantea que en Alemania la doctrina dominante se inclina por otorgar al concepto de adecuación social la virtud de excluir la tipicidad, pues se entiende que la adecuación social es un criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos del parte especial, excluyendo de los mismos a aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Ello se funda en el principio que no puede ser voluntad de la

a mano, cual es argumentar la concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, en calidad de justificante, en específico, la designada en el artículo 10 N° 10 del nuestro Código Penal, pues no hay duda que también se obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio”. Se rechazaría por este camino, de plano la posibilidad de ser sujeto de sanción por el resultado previsible, descrito en el tipo de “matar a otro”. De aceptarse la teoría del actuar típico pero justificado, no cabe discusión que en tal caso y en el puro razonamiento causalístico la dosis de fármacos es el antecedente necesario del resultado mortal. Sin embargo, para Niño repugna a la razón y al sentido común aceptar que el médico, haga lo que haga, de una manera u otra, actuara contra la ley: para este autor, el médico al escoger dentro de parámetros formales o consuetudinariamente estatuidos, la modalidad correcta de cumplimiento de su deber: “... su actuar será regularmente atípico.. ello por preponderancia de la norma que ordenaba su actuación y sobre o superior al tipo legal que, en virtud de dicho cumplimiento hubiere satisfecho”.²⁴⁴ Para ello, Niño usa el razonamiento de la conglobación.²⁴⁵

ley, al delimitar las conductas penalmente relevantes, el incluir actividades socialmente adecuadas. Prosigue señalando que en el derecho español tampoco se puede obviar la necesidad de acudir a este concepto, no obstante el esfuerzo de parte de la doctrina, en orden a incluir los casos de conductas socialmente adecuadas en la causal de justificación del cumplimiento del deber – a su vez, recuerda que por su parte Roxin, cuestiona la necesidad de la adecuación social como criterio independiente de exclusión de la tipicidad al advertir que la moderna teoría de la imputación objetiva contempla ya como uno de los presupuestos de la imputación típica, al creación de un riesgo que no resulte asocialmente adecuado; Mir Puig Santiago, “**Derecho Penal**”, ob. cit. pag.516-517.-

²⁴⁴ NIÑO L. ob cit. 1994 pag 166

²⁴⁵ Dice Zaffaroni; que sólo la soberbia puede hacer que alguien crea que sabiendo de memoria los tipos penales pueda concluir la tipicidad de una conducta. El juicio de tipicidad es mucho más complejo que la función que puede cumplir una máquina o un loro, el tipo conglobante por tanto, no presupone ninguna legitimación del poder punitivo, sino sólo la necesidad de reducir la irracionalidad, de tal modo que la consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo, limita su alcance en función de las otras normas del universo u orden normativo del que forma parte, excluyendo la lesividad cuando: a) no haya afectación del bien jurídico o esta no sea significativa b) la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia, c) la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta, d) medie consentimiento o una asunción del

No se debe dejar de lado, como hemos avizorado, una corriente doctrinaria que postula la no punibilidad desde la óptica del riesgo permitido. Lo correcto dice Bacigalupo parafraseando a Eser “será tener por justificada la conducta del médico, cuando se haya mantenido dentro de los límites configurados por el riesgo permitido”.²⁴⁶ Desde el plano o ámbito de la causalidad, se plantea en general que en las últimas décadas se han realizado esfuerzos por hallar una respuesta que reemplace la causalidad del esquema Litz - Beling, por un nuevo concepto que cumpla la misma función imputativa común, dándose lugar a las llamadas teorías de la imputación objetiva;²⁴⁷ cuestión no menor en el tema que nos ocupa, si se advierte que para algunos autores nacionales en el homicidio, la vinculación causal (para la doctrina dominante), debe realizarse siguiendo los parámetros de la llamada imputación objetiva.²⁴⁸ En síntesis, no es imputable objetivamente al médico el resultado lesivo (muerte) en circunstancias que el bien jurídico vida, ya estaba expuesto a un peligro, por cuanto la acción del sujeto se limitó a disminuirlo en cuanto a sus efectos de padecimiento, ya que, en estos casos el resultado es de

riesgo por parte del sujeto pasivo, o d) el resultado no exceda el marco de la realización de un riesgo no prohibido. ZAFFARONI Eugenio R. “*Manual...*” ob. cit. pag 367

²⁴⁶ BACIGALUPO ZAPATER Enrique, “*El Consentimiento...*” 1990 ob. cit. pag. 147

²⁴⁷ En lo que nos interesa explica Zaffaroni; que para Roxin el criterio general para determinar la imputación objetiva será el aumento del riesgo, y las reglas con que se concreta ésta formula serán básicamente tres. Un resultado causado por un agente sólo se podrá imputar al tipo objetivo a) Si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido; b) Si ese peligro se ha realizado en el resultado concreto, y una tercera regla correctiva propuesta por Roxin señala que no hay imputación cuando el alcance del tipo no abarca la evitación de los riesgos y sus repercusiones. ZAFFARONI Eugenio R. “*Manual...*” ob. cit. pag 386.-

²⁴⁸ POLITOFF- MATUS - RAMIREZ; “*Lecciones de Derecho Penal Chileno (P.E)*” 2004, ob. cit. pag 30.-

tal naturaleza que aunque no se hubiere realizado al actividad el efecto en todo caso habría sobrevenido.²⁴⁹

Entre nuestros autores prima el concepto de que la actividad médica sujeta a los límites de la “lex artis” rechaza no sólo la posible antijuridicidad sino que la tipicidad.

²⁵⁰ En esta línea Garrido expondrá que aparece esta exclusión de la tipicidad en los casos en que el actuar médico sea fruto del deber jurídico (derivado para numerosos funcionarios de los decretos o reglamentos del sistema sanitario publico) y quien cumple el deber deba hacerlo dentro de los límites que corresponden y empleando el medio necesario. (o bien hablaremos de la “proporcionalidad” que aconseja el Colegio Médico). Continuando con Garrido,²⁵¹ el tratamiento para que constituya una actividad atípica, debe cumplir con las exigencias que por tradición se han incorporado a la denominada lex artis, y ellas

²⁴⁹ Una exposición detallada sobre imputación objetiva es la que presenta el profesor GARRIDO MONTT; en **“Derecho Penal tomo II Parte General”** 2002, ob. cit. pags 68 a 73.-

²⁵⁰ Aunque no se debe dejar de lado como advierte Garrido, que autores como Bustos Ramírez, sostienen que la imputación no puede ser un aspecto de la tipicidad, “ni conceptual ni sistemáticamente, sino solo de la antijuridicidad, en cuanto aquí entran a jugar todas las otras valoraciones que recoge el bien jurídico, desde el ordenamiento en su conjunto”, BUSTOS RAMIREZ Juan **“Manual de Derecho Penal. Parte Especial”** Ediciones Ariel Derecho Barcelona 1986 pag 200.- Explicado en términos coloquiales por el profesor “El problema, entonces, es si puedo imputar este resultado a ese comportamiento doloso o a ese comportamiento culposo; si yo puedo, por tanto, hacer proceso de imputación desde el bien jurídico con relación a ese comportamiento. Es aquí donde juega la *imputación objetiva*, para no traicionar el nombre primitivo, es decir el nombre de que es el resultado a un determinado comportamiento típico, no llena la tipicidad sino que aparece como elemento fundamental de la antijuridicidad, porque es el ordenamiento jurídico en su conjunto al cual le interesa que las personas no mueran, porque para el ordenamiento jurídico en su conjunto no es lo mismo que la persona esté viva o que esté muerta. Es desde el ordenamiento jurídico en su conjunto, entonces, que yo valoro la problemática del desvalor del resultado y, de esa manera a su vez, la antijuridicidad no es puramente formal, no es decir, no hay causa de justificación, sino que aparece desde un punto de vista material, desde el punto de vista de lo que es el bien jurídico, de la afección al bien jurídico, y eso permite justamente metodológicamente plantear el sitio de las causas de justificación, a pesar de ello puede estar justificado, a pesar de que se dio la tipicidad y se dio el desvalor del resultado, ello pueda estar sin embargo justificado”. BUSTOS RAMIREZ J. artículo **“Imputación objetiva y bien jurídico”** publicado en “La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI”. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale, 2001. Disponible en: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Bustos2.pdf> (consulta agosto de 2007)

²⁵¹ GARRIDO MONTT. **“Derecho Penal tomo II Parte General”** 2002 ob cit. pag 203

son el consentimiento de paciente y la debida información que debe suministrar el facultativo sobre la trascendencia del tratamiento y sus consecuencias, prevista como norma ética en los articulo 24 y 25 del Código Gremial: “El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites y el diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad ... Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente”.

Planteado lo anterior; frente a la hipótesis de que se otorga la información necesaria y a pesar de lo irracional o inexplicable que pueda parecer, el médico debe abstenerse de proceder y respetar la voluntad del paciente que desea libremente padecer los dolores propios de una fase terminal, aún existiendo un repertorio de fármacos adecuados para impedirlo; por cuanto y como se estableciera; ante la voluntad del paciente no existe deber ni posición de garante del médico.-

En general para el sistema nacional lo adecuado en este caso y en el de la eutanasia pasiva que pasaremos a revisar, es aceptar la tesis de la atipicidad no solo por lo expuesto, en cuanto a la conglobación y la solución al conflicto de deberes; sino además por cuanto el rol de consentimiento fuera de los casos previstos por el sistema penal no tiene virtud alguna, salvo tratándose de una función de justificación pero siempre que se trate de bienes disponibles, cuestión altamente rechazada tratándose de la vida humana.-

5.3 La Eutanasia Pasiva

El artículo 23 del Código de Ética dispone que ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia.

El análisis de este tema parte con la transcripción del artículo atinente del Código de Ética médico, pues, un punto de partida fuerza reconocer la impunidad de la eutanasia pasiva en nuestro sistema jurídico, ya que nadie está forzado a adoptar o recibir un tratamiento cuya única finalidad sea la prórroga o aplazamiento de lo inevitable: como lo hemos asentado, frente a la negativa del paciente no hay obligatoriedad médica ni posición de garante y ello hace necesario reforzar y aclarar dos puntos:

1.- La existencia de una voluntad clara y expresa o en su defecto la de una voluntad presunta del paciente, permitirá amparar la actitud del médico en el ámbito de la deontología profesional, conjurando la eventual imputación de tipicidad en la suspensión o el retiro de un tratamiento y los mecanismos de sobrevida.-

2.- La existencia de un criterio médico y jurídico destinado a delimitar una pretensión de dignidad en la expresión de voluntad declinatoria del paciente hacia un tratamiento o intervención médica o bien constatar por otra parte la existencia de un afán meramente suicida, conducta resistida por la doctrina y jurisprudencia nacional.-

Veamos en detalle el primer punto expuesto:

En cuanto a las voluntades en la eutanasia pasiva, no cabe duda de que las reglas fundamentales se desprenden del articulado pertinente del Código de Ética del Colegio médico, el cual expresa en su artículo 25 que: “Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente” para ello otorga una recomendación práctica en su artículo 26 al señalar: “Es recomendable que el facultativo consigne siempre el consentimiento del paciente por escrito”, en el evento o situación del médico carente de una expresión de voluntad, surge en subsidio una recomendación que coloca en juego un elemento subjetivo y por ende peligroso desde la apreciación de los bienes jurídicos en juego pues seguidamente en el artículo 27 se dispone: “Si el paciente no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, por estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y no es posible obtenerlo de su familia, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.- Si bien es cierto, que el actuar médico obedece en general a una serie de regulaciones y normas que conforman la *lex artis*; frente al derecho reconocido del paciente a rechazar totalmente una prueba diagnóstica o un tratamiento y el correlativo deber profesional a respetar dicha decisión y puesto en el trance de adoptar este último una decisión que resulte compleja, no es de dudar que el personal médico adoptará las medidas para obtener la voluntad del paciente y agradecerá los expedientes destinados a dicha consecución. La fórmula, como viéramos en el Capítulo Segundo, lo constituyen las declaraciones de voluntad anticipada, nomenclatura reducida en la jerga jurídica española a la sigla DVA; un buen ejemplo y modelo lo constituye el texto de la Ley

Foral Nº 11 /2002 relativa a Ley sobre los derechos de los pacientes a las voluntades anticipadas a la información y a la documentación clínica, normativa fechada el 6 de mayo de 2002, originada en Navarra, España. documento legislativo que en su artículo 9 punto 1º, inciso segundo, explica que: “En las voluntades anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite, el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte”.²⁵²

Dichos documentos si bien no constituyen un reemplazo de la voluntad verbal y por consiguiente, no es requisito de buen tratamiento o respeto a la dignidad del paciente, puede constituir un elemento coadyuvante en la toma de decisiones, a fin de conocer con más exactitud la voluntad del mismo, expresada de forma consciente, responsable y libre; fomento además de la necesaria seguridad y tranquilidad con que el sistema sanitario debe contar.-

Un caso llamativo, no por su relevancia, ya que constituye una excepción pero que refuerza la idea de la necesidad de la debida seguridad profesional, lo relata el doctor Avelino Retamales en su texto Autonomía del Paciente Ejemplo de los Testigos de Jehová: “A comienzos de 2001 la Corte de Apelaciones de Valparaíso

²⁵² COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA; “*Ley Foral sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica*”. disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-26.20075721_37/pdf/ley11Navarra2003.pdf (consulta marzo de 2007)

sobreseyó completamente a un médico y la esposa de un paciente. Ambos habían respetado la voluntad del enfermo. El paciente, quien no era un Testigo de Jehová, padeció de una hemorragia digestiva alta y se negó a la transfusión de sangre. El médico y la esposa del paciente –quien sí era Testigo de Jehová– respetaron la voluntad expresada. Debido a una condición hemodinámica muy compleja el paciente murió. Los familiares se querellaron contra el médico y la esposa del paciente. Dos años más tarde la Corte absolvió completamente a aquellos que respetaron la voluntad del paciente, el consentimiento informado, la autonomía, la dignidad y su libertad. Afortunadamente, la enfermera había escrito en la ficha clínica que el paciente no había consentido con la transfusión sanguínea. Uno de los jueces estuvo por declarar que los hechos investigados no eran constitutivos de delito. Así, se establece una vez más que el único titular de la voluntad es el paciente y aún en estado de inconciencia”.²⁵³

El sistema sanitario chileno no considera - por ahora, pues lo hará de hacerse efectivo el actual proyecto de ley sobre derechos de los pacientes²⁵⁴ – una regulación normativa, detallada y sistemática de los DVA, como ocurre en España, por ejemplo. Sin perjuicio de que por tratarse de documentos de orden privado, en

²⁵³ RETAMALES A. ob cit. 2006 pag 45

²⁵⁴ El actual proyecto de Ley que regula los “derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, en trámite ante el Congreso Nacional, recoge la existencia y regulación de los DVA como no se había hecho antes y en lo medular expone que: “Artículo 18.- La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso. Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido” texto completo disponible en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta agosto de 2007)

Chile, nacen en calidad de declaraciones tipo, redactadas por clínicas y centros de atención de salud de un modo asistemático; a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos donde cada Estado posee modelos de estos “testamentos vitales” inclusive asequibles por la vía de Internet.-

Si bien es cierto de trata de estudios de hace más de una década el informe SUPPORT (The Study to Understand Prognoses and preferences for Outcomes and Eisks of treatments) citado por Ramón Bayés; sostenía que durante los tres últimos días de su existencia, la mitad de los pacientes que murieron conscientes en los hospitales norteamericanos padecieron un dolor moderado o severo; la mitad del tiempo; un número apreciable de ellos sufrieron encarnizamiento terapéutico; es decir la mitad de los médicos de los pacientes que preferían no ser reanimados en caso de paro cardiorrespiratorio desconocía este hecho; y la comunicación médico-enfermo fue deficiente; estos datos pueden extrapolarse anualmente a unos 400.000 enfermos estadounidenses hospitalizados.²⁵⁵

En caso de ausencia del DVA debe conforme al criterio de la atipicidad de la decisión adecuarse a las reglas de la lex artis que ya descritas en el Código Gremial entregan por regla su búsqueda en la voluntad presunta que en primer termino debe otorgar la familia del paciente imposibilitado de expresarla; y en ultimo termino se deberá aceptar que la decisión la adopte el médico de acuerdo a los “dictados de su conciencia”, esto es, el medico tratará de dirigir su actuación en

²⁵⁵ BAYES Ramón; “*La Sociedad Contemporánea Ante el Dolor y La Muerte*”; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003, pag 58

orden a un supuesto de voluntad del paciente, a objeto de respetar su probable decisión, pero no en base, evidentemente, a lo que podría llamarse un criterio bursátil extraído de parecer libre del profesional, sino que sobre parámetros de conformidad a lo que Roxin propone considerando fallos del Tribunal Supremo Federal Alemán, que establece criterios rigurosos: "Deberían tomarse en cuenta tanto manifestaciones previas del enfermo ya sean orales o escritas, como sus convicciones religiosas, sus otros valores personales, su expectativa de vida de acuerdo a su edad o el padecimiento de dolores.." ²⁵⁶ pero Roxin es también concluyente: "En caso de duda, la protección de la vida humana tiene preferencia sobre las convicciones del médico o de los parientes". ²⁵⁷

Un segundo aspecto, como es el relativo a la finalidad del acto suspensivo o declinatorio del tratamiento por parte del paciente, conduce a la siguiente premisa; la existencia de documentación de voluntad anticipada, no exime de la obligación del médico de atenerse a los criterios de validez jurídica de la voluntad del paciente, a fin de no amparar, como se ha desarrollado en particular, una intención puramente suicida en el propósito del paciente.- El texto de la legislación de Navarra ya transcrito, señala en el apartado 3 del Artículo 8 que: "No se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto del hecho que el sujeto ha previsto a la hora de emitirlas". ^{258 259}

²⁵⁶ ROXIN C. "*Tratamiento Jurídico.*" ob cit. pag 9

²⁵⁷ ROXIN Idem

²⁵⁸ Norma Foral de Navarra citada en nº 171

La voluntad del paciente sólo tendrá eficacia en un entorno o situación de evidente encarnizamiento u obstinación médica; en donde los supuestos hacen previsible que toda actividad profesional desembocará indefectiblemente en una “prolongación precaria y penosa de la existencia.” Otra situación o fundamento a la suspensión o retiro de apoyo médico hará surgir la acusación de aplicarse un homicidio mediante el expediente de una eutanasia activa o bien un apoyo o colaboración al suicidio punibles en el sistema chileno; de tal modo que el criterio médico está delimitado por el Código gremial en el sentido indicado y el criterio jurídico vendrá representado en estos mismos casos, por la doctrina sentada en nuestros tribunales con motivo de los casos de huelga de hambre y de los Testigos de Jehová; esto es, considerar la primacía y obligatoriedad del cuidado de la vida en casos ajenos al contexto de un encarnizamiento terapéutico.- Lo complejo en estos casos, es la pugna que surge entre obligaciones médicas; por constituir el médico un garante del bien jurídico vida y a su vez destinatario del deber de respeto a la voluntad del paciente; enseguida, ocurre y ocurrirá como ha sucedido hasta ahora, que el profesional tendrá que sopesar la racionalidad de la decisión del paciente en conciencia y en su intimidad, solicitando el auxilio judicial en algunos casos para otorgar la asistencia vital; respetando la autonomía y libertad del ciudadano común en otros, cuando éste no desea por convicción luchar inútilmente en contra de un sino irreversible a través de tratamientos y

²⁵⁹ El proyecto de Ley que regula los “derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, indica en su artículo 18 inciso 5º que en los DVA: “No se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propio del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética que corresponda al establecimiento de salud donde ésta sea atendida, el que velará especialmente por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos. De lo anterior, deberá dejarse constancia en la ficha clínica de la persona.” texto completo disponible en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta agosto de 2007)

procedimientos que solo dañaran la calidad de vida al tiempo que le resta de existencia.- (la vida no se debe alargar sino ensanchar)

En síntesis, en la eutanasia pasiva, esto es; la supresión u omisión de medidas que alargarían la existencia de un paciente en su fase final, pero que sólo le proporcionarían padecimientos inútiles, para los efectos de su tratamiento jurídico, deben diferenciarse cuatro posibilidades, que reflejan no proposiciones del autor de tesis, sino una fría mirada al mapa de la realidad chilena:

1) La primera se suscita ante la posibilidad de que no exista claridad sobre la inminencia del termino de la vida o la mala calidad de esa sobrevivida; aquí nos apartaremos momentáneamente de un requisito impuesto por la definición de eutanasia que se dio al principio para los efectos de esta tesis y sólo para el análisis de un punto que puede ser relevante, ya que, no estaremos necesariamente en casos en que la vida ha alcanzado tales niveles de indignidad de manera irreversible que la convierten en un mal, por ejemplo, frente a un cáncer en etapas iniciales o una enfermedad con diagnostico desfavorable pero en largo periodo; la falta de racionalidad de la voluntad puede interpretarse en nuestro sistema como un suicidio y en este caso la eutanasia pasiva no lograra imponerse como el derecho de autonomía frente a los criterios de supremacía de la vida; considerándose enseguida suicida al paciente y como colaborador al médico que conciente en tal desidia y “colabora con actos” como podría interpretarse el cambio de medicación o el retiro de aparatos e instrumental necesarios en corto o largo plazo. Esta claro que este criterio será sin duda, uno muy resistido en el sentido de

llevar la posición de garante a niveles extremos de intrusión del médico en el ámbito íntimo del paciente. Lo dicho se refuerza desde que la propia normativa de Ética del Colegio Médico expone que existe el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento y que esto será respetado por el médico, debiendo únicamente, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa pero agrega, en esta circunstancia, el facultativo no abandonará al enfermo, debiendo procurar que se le presten los cuidados generales necesarios; la pregunta obvia es ¿cuidados generales necesarios ¿para que pueda cumplir el paciente su voluntad de dar término a su vida? ¿Colaborando en su afán suicida?; existe en definitiva y en nuestro sistema, como un derecho absoluto la facultad del paciente a no someterse a un tratamiento o a interrumpirlo, para este punto, baste el siguiente análisis; tal como estipula el inciso tercero del artículo 23 del Código de Ética Médico “Ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia” enseguida no será éticamente lícito dicho actuar (omisivo) en los casos en que ante la muerte (inevitable) la prolongación de la vida no implique necesariamente una sobre existencia precaria y penosa; pues sería para un sector de la doctrina y evidentemente de la jurisprudencia, claramente razonable calificar ese hecho (u omisión se insiste) como un atentado a la vida; cuestión que se ha resuelto mayoritariamente como hemos asentado que: “es un hecho ilegal e ilegítimo que si bien no está penado por la ley”²⁶⁰, como sería una huelga de hambre, la negativa a una transfusión o el abandono de un tratamiento

²⁶⁰ Fallo citado en nº 111 (Gaceta Jurídica 50 Santiago, 1984, pags 76 -79)

vital a largo plazo, pues: “infringe todo nuestro sistema social y jurídico que impide y sanciona todo atentado contra la vida, ya sea bajo la forma del homicidio o de la colaboración al suicidio”.²⁶¹ En tal caso es probable que el médico a fin de no ser sancionado en calidad de colaborador al suicidio pueda argumentar, como causal de justificación su imposibilidad de obligar coactivamente al paciente y frente al abandono de tratamientos, obtendrá probablemente absolución sobre la base de alegar que su omisión se basa en un impedimento insuperable (art. 10 N° 12 del CP), no obstante el paciente si podría ser compelido por medio de la fuerza pública, inclusive, a retomar su tratamiento vital. Aunque, contrarios al tenor general resultan los criterios contenidos en un par de fallos minoritarios; en 1996 la Corte de Apelaciones de Santiago, conoce el caso de un paciente internado en el Hospital San José que presenta una hemorragia digestiva alta, lo que lo conduce a una anemia aguda. El Director del Hospital San José, presenta un recurso de protección a favor de la transfusión de sangre necesitada de manera urgente por aquel, un Testigo de Jehová que se negaba a la misma, privilegiando en este caso el recurrente en lo medular el derecho a la vida. La Corte solicitó informe al recurrido y a sus familiares, quienes no los evacuaron al momento de la vista de la causa. La Corte estableció en lo medular: “Que el recurso de protección invocado, tiene por objeto amparar la vida de una persona que se encuentra perturbada o amenazada por la acción de un tercero, pero no puede perseguir el amparo ante la omisión voluntaria de aquella para conservarla, pues nadie puede ser forzado a defender su propio derecho”.²⁶² En tal caso se valida la tesis sostenida por Bacigalupo ya que

²⁶¹ Fallo citado en n° 111 (Gaceta Jurídica 50 Santiago, 1984, pags 76 -79)

²⁶² RECURSOS DE PROTECCIÓN. Rol: 805-96. Corte de Apelaciones de Santiago. Recurrente: Norberto Muñoz Salazar, Director del Hospital San José. Recurrido: Jorge Cazorla. Año 1996 - Citados por DONOSO CHAVARRIA Carmen, “¿Cómo

frente a la negativa del paciente no existe posición de garante y por lo mismo no hay punibilidad frente a la omisión del personal médico; en similar tenor en el año 2001, la Corte de Apelaciones de Talca, declaró inadmisibile un recurso porque: “del mérito de los antecedentes se desprende que la persona a favor y en contra de quien se recurre es la misma”.²⁶³ En síntesis frente a situaciones oscuras, debe primar la doctrina del profesor Bacigalupo.-

2) La segunda posibilidad es omisión de medidas que alargan una vida (dolorosa o indigna en términos objetivos) de acuerdo con la voluntad del paciente, en tal evento, tal como ya se adelantara, la situación jurídica no resiste mayor análisis. La conducta del médico no puede infringir norma penal alguna, ya que se ajusta a su *lex artis*; habida consideración que resulta claro el límite de sus deberes frente a la autonomía; libertad y dignidad del paciente (art. 23 del C.de E.); razón por la cual se predica, como lo hacen los profesores Etcheberry y Garrido Montt la ausencia de tipicidad en el hecho. Sin embargo, Politoff - Matus y Ramírez, disienten del argumento de la atipicidad afirmando que al igual que en derecho comparado, se debe afirmar ya no sólo la licitud de la eutanasia pasiva, sino su obligatoriedad, especialmente cuando el paciente se ha pronunciado claramente en el sentido de que no se prolongue su vida si los sufrimientos son ineluctables y el deceso es previsible a corto término, (basado todo ello en el derecho de autodeterminación que se garantiza en la mayor parte de la constituciones modernas) y se extiende,

Han Resuelto Nuestros Tribunales Superiores el Caso del Derecho la Vida y Tratamientos Médicos No Deseados? El Caso de los Testigos de Jehová; disponible en: <http://www.udp.cl/comunicados/0904/10/carmendonoso.pdf> (consulta marzo 2007);

²⁶³ RECURSO DE PROTECCIÓN. Rol: 60069-01 y Corte de Apelaciones de Talca. Recurrente: Rafael Silva Orellana, Director del Hospital de Talca. Recurrido: Iván Ramos Vergara. Citados por DONOSO CHAVARRIA Carmen, idem.-

inclusive, al paciente incapaz de expresar su disenso cuando pueda inferirse su voluntad presunta.²⁶⁴

3) Una tercera alternativa se verifica en los casos de omisión de medidas y tratamientos que buscan prologar la vida, pero esto acontece en contra de la voluntad del paciente; el Código de Ética en sus artículos 18 y 19 utiliza los siguientes términos: “El médico deberá prestar atención profesional a toda persona enferma que lo requiera y no podrá eludir dicha atención cuando no exista otro colega que se haga cargo del enfermo”. “El facultativo que acepte atender a un paciente se compromete a garantizar la continuidad de sus servicios”, es por ello que al involucrarse en un tratamiento el médico se convierte en garante y su omisión, ya sea maliciosa o culpable, daría lugar a un homicidio (por omisión) figura contenida en el tipo del artículo 391 del Código Penal; por ende; será homicidio la negativa del médico a conectar al paciente a una unidad de respiración, ventilador o diálisis por ejemplo, si con tal acto pueda obtener siquiera unos minutos más de vida. No tiene efecto la alegación de utilidad o la razonabilidad de aumentar unos momentos la existencia, frente a la voluntad de un paciente en estado de conciencia. Solo podrá eximirse de tal evento en los casos en que lo solicitado (un medicamento o procedimiento) no tenga incidencia en la prolongación de la vida y/ o la atenuación del dolor, ya que “no puede exigirse una actividad profesional del médico carente de sentido”.²⁶⁵ Lo que se desprende además de lo dispuesto en el art. 23 del Código de Ética, el expresar que: “los procedimientos diagnósticos y

²⁶⁴ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. “*Lecciones de Derecho Penal Chileno*” 2006, ob cit. pag 39

²⁶⁵ BACIGALUPO ZAPATER; “*El Consentimiento...*” 1989- 1990 ob.cit. pags. 147 y sgtes

terapéuticos deberán ser proporcionales a los resultados que se pueda esperar de ellos” proporcionalidad entendida además como utilidad concreta.

4) Finalmente nos encontramos con el supuesto de pacientes que no están en condiciones de expresar voluntad alguna; se dice que sería una zona difícil, sin embargo en nuestro medio la determinación de proseguir o detener las actividades de sobrevivencia queda en poder de la familia, especialmente en los casos en que el proceso de muerte está en evidencia y son del todo inútiles las medidas, salvo meramente postergatorias del deceso, como lo serían un respirador artificial, las transfusiones de sangre o alimentación e hidratación mediante sondas, etc. Además, y como fuera indicado ante el evento de faltar otra voluntad la solución estaría dada por la *lex artis* médica y en ese sentido el inciso tercero del artículo 23 del Código Gremial dispone que es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos. Lo que guarda directa relación con el deber profesional de salvaguardar la dignidad y el respeto de la persona del paciente pues como se plantea en el artículo 8º del citado Código; el respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico.- Por otra parte se debe recordar que en todo caso la voluntad del paciente debe primar no obstante que haya perdido irreversiblemente la conciencia y no cesará la posición de garante del médico, si existe de por medio un documento de voluntad anticipada que exigiere la no interrupción de las terapias o medidas de postergación del deceso, lo que puede eventualmente fundarse en razones religiosas o de convicción moral del paciente y en tal caso si pudiera

enfrentar el personal la situación ya analizada de una eutanasia pasiva contra la voluntad del paciente. El derecho a la autodeterminación es aquí preponderante.-

5.4 La Eutanasia Activa

La situación de la eutanasia activa es de evidencia y no es posible teorizar mayormente sobre supuestos de atipicidad o antijuridicidad; el solo dato de la existencia de proyectos legislativos pendiente en el Congreso Nacional tendientes a conferir el derecho a resolver sobre la propia muerte a los ciudadanos y proponer medios y sistemas de delimitación de este nuevo derecho en el entorno de la actividad médica, es absolutamente indiciario de la realidad jurídica chilena. La eutanasia activa, será unos de los supuestos subsumibles en la figura del homicidio del artículo 391 del C.P. o de colaboración al suicidio (art. 393 del CP) ya sea, a modo de ejemplo, mediante los expedientes de:

- a) Aplicar un medicamento en dosis altamente tóxicas al paciente con el objetivo directo de provocar el deceso - sin tener en vista - como sería lícito; el aminorar los síntomas de dolor, sufrimiento y angustia del agonizante;
- b) Disponer el retiro o suspensión de medidas y tratamientos de sobrevivencia, en contra de la voluntad del paciente, de su familia o fuera de los casos en que la Lex Artis lo recomienda.-
- c) Facilitando o poniendo a disposición del paciente medios o dispositivos para que éste sea quien ponga fin a sus días.-

Veamos a continuación tres tópicos o aristas relativos a la eutanasia directa; en primer termino la situación de la eutanasia entendida como colaboración al suicidio; la eutanasia en su variante de homicidio piadoso y finalmente aspectos penales puros del homicidio en su variante de eutanasia activa, en cuanto al dolo necesario y las atenuantes y agravantes posibles en la figura.-

5.4.1 Como colaboración al suicidio, cuestión analizada en términos generales en el capítulo primero de esta obra, donde argumentamos que el suicidio asistido o la colaboración al mismo constituye (en ocasiones) una modalidad de eutanasia. En nuestro sistema, como se asentara para negar la capacidad de disposición de la vida por su titular se utiliza como antecedente o argumento de lógica la ilicitud del suicidio. Aunque como expone De Rivacoba y Rivacoba, hay una decisiva razón para afirmar la ilicitud actual del suicidio, ya sea a través de la variante de inducción al suicidio, presente en Código español, argentino, brasileño, o sólo de auxilio al suicidio, del artículo 393 del CP chileno; delitos en los que se incriminan actividades, si bien formalmente tipificadas como delitos independientes, real o materialmente de mera participación en un obrar ajeno, esto es, accesorias, que requieren, por tanto, la antijuridicidad de la acción principal, es decir, “que el suicidio, por más que por razones político criminales evidentes sea atípico, es, sin duda, antijurídico”.²⁶⁶ Al decir de Etcheberry en el tomo III de su "Derecho Penal", la impunidad del suicidio debido a la imposibilidad de sancionar a su autor, si éste ha consumado su propósito, no legitima de ningún modo el hecho aludido. Donde

²⁶⁶ DE RIVACOBA Y RIVACOBA “*Nuevo Sentido de la Protección Penal de la Vida Humana*” 2001, ob cit. pag. 117

se aprecia claramente la ilegalidad en que están inmersos la tentativa de suicidio y el suicidio, es en la sanción que se emite el cooperador de este acto ilícito.²⁶⁷

En seguida cabe una nueva consideración, el suicidio para esta materia podría consistir en : a) La actividad de darse muerte actuando activamente el propio sujeto pasivo, cuestión que debemos relacionar con la figura a analizar a continuación del homicidio a ruego; b) otra alternativa, se produce en el caso de la llamada negativa a tratamiento; que como recién estudiáramos en el párrafo precedente, en relación a la eutanasia pasiva sin fenómeno mortal inminente o exento de ribetes dolorosos o indignos; es decir, esta conducta consiste en la no evitación de la muerte. Sobre el mismo asunto recordemos que, entre los derechos del paciente que contempla el Código de Ética figura el de: “rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento” lo que señala: “deberá ser respetado”, lo cual equivale a dejar el curso de su salud en sus manos y bien puede desembocar en un ineluctable resultado letal. Queda así claro el derecho del individuo a disponer de su vida, cuestión que no coincide exactamente y necesariamente con el suicidio a juicio de De Rivacoba y Rivacoba, pero colinda con él, pues una cosa es desautorizar e impedir la intervención o el tratamiento que pudieran evitar un desenlace fatal y otra diferente privarse a y por sí mismo de la vida, pero en ambas se trata de decisiones personales de las cuales depende la subsistencia o la cesación de esta, o sea, la muerte.²⁶⁸

²⁶⁷ ETCHEBERRY, “*Derecho Penal Tomo III*” 1997 ob. cit. pag. 41 y 84

²⁶⁸ DE RIVACOBA Y RIVACOBA “*Nuevo Sentido de la Protección Penal de la Vida Humana*” 2001, ob. cit pag. 117

La situación, en definitiva recién analizada nos permite concluir que:

- 1.- La negativa a tratamiento en términos no racionales equivale a un suicidio;
- 2.- El médico responderá tanto si colabora con actos directos, es decir, cambiando por si mismo, la medicina, retirando instrumentos o suspendiendo tratamientos u omitiendo una actividad impeditiva del actuar suicida del paciente, ya que es posible eventualmente, (aunque el profesor Garrido es tajante) imputar al personal medico la figura de un homicidio (por omisión), en virtud de las consecuencias que la posición de garante le impone frente al paciente y los bienes jurídicos de vida y salud que el sistema en general coloca en su ámbito de funciones y responsabilidad.- ²⁶⁹
- 3.- En Chile a diferencia de España, no hay auxilio al suicidio sin actividad material de por medio, esto es, sólo por instigar o aconsejar. El médico que exhorta al paciente a terminar con su vida no recibe sanción penal por ese solo hecho.-
- 4.- Tampoco hay delito si sólo se actúa negligente o descuidadamente. La colaboración exige conocimiento de causa, es decir dolo (directo o eventual pues el rango de cuidado exigido a un profesional de la salud no hace perdonable a uno de primer o segundo grado).-

Así dados los requisitos la posibilidad del médico sancionado por esta figura será marginal; sin embargo para graficar la situación pensemos en un varón aquejado de cáncer testicular en etapa intermedia es decir, con escasas posibilidades de sobre vida o de curación y no obstante, de estar o no desahuciado, su tiempo de vida

²⁶⁹ ver nota n° 94.-

pueda ser considerada en meses o bien un par de años; el paciente rechaza los tratamientos de quimioterapia o de medicinas con fuertes efectos colaterales; el médico respeta la decisión del mismo y sustituye este tratamiento por una terapia contra el dolor; un tercero podría validamente advertir un suicidio como se ha dicho y acusar al médico como un colaborador (ante el evento de la muerte concreta como condición objetiva de punibilidad), y previo a ello, es probable que a través de un recurso de protección se pudiese forzar al paciente a retomar, aun contra su voluntad un tratamiento y sin embargo, el médico involucrado podría validamente argumentar la licitud de su actuación fundándose en reglas de las *lex artis* contenidas en el Código de Ética y en la nula intencionalidad de auxiliar o proveer la muerte de un tercero, visto como un asunto no querido ni perseguido, sino sencillamente efectuar lo que profesionalmente está a su alcance frente a una voluntad no controlada por él. Recuérdese además que, en estos casos, siempre está a mano el expediente de que el paciente solicite su alta voluntaria o bien forzarla por parte del sistema médico, conjurando la posición de garante. Sin perjuicio de lo anterior, también está el deber de acompañamiento del médico frente al paciente reticente, conforme al artículo 28 del C.de E. que dispone que, en estas circunstancias, el facultativo no abandonará al enfermo, debiendo procurar que se le presten los cuidados generales necesarios.

5.4.2 La eutanasia como homicidio a ruego.- La diferencia anotada entre esta figura y la anterior, como se asentara en el capítulo primero, radica en lo que Roxin propone como la titularidad del dominio del último acto; por ende, si reside en el propio sujeto pasivo y la colaboración del médico es en este caso un elemento

accesorio de cooperación estaremos en presencia de un suicidio y auxilio al suicidio correlativamente; en cambio, si la titularidad de la acción reside en el colaborador como portador del dominio del hecho, estaremos en presencia de un homicidio que puede adjetivarse de piadoso si se verifica a ruego o petición de la víctima.- Figura que no tiene cabida en nuestro sistema y se rechaza de plano por las reglas de la *lex artis* médica al sostener en su artículo 9º el Código de Ética que: “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”. En general estas argumentaciones ha sido la base para confirmar el criterio de la ausencia de significado del consentimiento en delitos contra la vida, o contra la integridad corporal o la salud, así: “no cabría hacer cesión de la vida o permitir la amputación de ambas piernas para un experimento - independientemente de las oportunidades que éste abra- como tampoco solicitar, ni aún rogando, ser muerto, además que la condena de esta última conducta, y pese a ser impune el suicidio, garantiza en general la prohibición de matar”.²⁷⁰ En síntesis, el homicidio a ruego o por piedad no considerado en nuestra legislación dentro de las figuras del homicidio, se atiene a las reglas generales de los artículos 390 y siguientes del CP.- (lo anterior, no autoriza a pasar inadvertida la figura de homicidio a ruego, contenida en el anteproyecto de Código Penal elaborado por el Foro Penal, actualmente en poder del Ministerio de Justicia, tal como se verá en el párrafo 6.1 de esta tesis)

²⁷⁰ JAKOBS, Günther. “*Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*” (traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ de MURILLO). 2ª edición corregida. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, pag. 525 (citado por Jaime Ríos op cit. Pag 21

5.4.3 La eutanasia activa en su calidad de homicidio. Hemos reseñado insistentemente que la eutanasia activa es vista en nuestro sistema como una conducta típica y antijurídica en todo sentido, aun cuando concurra a su haber consentimiento de la víctima, pues en esta materia juega rol preponderante el principio de supremacía de la vida y aquellos de carácter ético médico, basados en el juramento hipocrático de defensa de la vida y no maleficencia (primun non nocere) que se proclaman superiores al principio de autonomía y libertad de conciencia; pues bien, basados en la definición dada desde el inicio de la tesis, en orden a que eutanasia lo constituyen “aquellas acciones u omisiones generalmente de carácter médico que provocan la muerte de otra persona en atención a ellas, por compasión y en miras a su bien, lo que tiene sentido en los casos en que la vida ha alcanzado tales niveles de indignidad de manera irreversible que la convierten en un mal”, lo único que penalmente cabe hacer y es posible lograr en beneficio de la figura, es dotar al móvil piadoso del autor y al eventual consentimiento de la víctima de fuerza atenuadora del delito.-

Por lo señalado hasta ahora, de acuerdo a la normativa chilena, la muerte provocada a otro, aun no querida o deseada, pero causada intencionalmente, debe ser calificada como un homicidio de naturaleza dolosa, aun considerando como se ha dicho el móvil humanitario del autor. Asimismo, la figura de la eutanasia directa será considerada un homicidio y es indiferente para algunos autores, que se provoque motivado, subjetivamente el autor, ya sea en función de un dolo directo o dolo eventual; pues en la propia definición del dolo eventual permanece la esencia del injusto repudiado en derecho penal – básicamente en función de la aceptación e indiferencia, en este caso del médico o profesional del salud, de provocar el deceso

de su paciente – Angela Vivanco señala que aquí no se busca como finalidad última alargar la vida o atenuar el sufrimiento, se tiene en vista derechamente el término de la existencia humana o dicho resultado previsible es del todo indiferente al médico tratante.²⁷¹ Sin embargo, a mi juicio y a pesar de los esfuerzos teóricos, en una situación de eutanasia directa, toda hipótesis probable de dolo eventual se encuadrará en definitiva en actividades propias de modalidades impunes de la eutanasia, especialmente tratándose de enfermos terminales, habida consideración que la indiferencia frente al resultado muerte, acontecerá en casos de tratamientos rigurosos de control de dolor y el sufrimiento o por causa de la desconexión o suspensión de tratamientos ligados a la obstinación de prolongar una existencia penosa; de tal modo que el dolo eventual solo podrá, en la práctica, considerarse una elucubración más propia de la teoría que de la realidad.-

Si bien se ha dicho que, de acuerdo al derecho chileno positivo, la piedad o las razones humanitarias propias del acto eutanásico no son consideradas como elementos que definitivamente eximan a la conducta de tipicidad o de su antijuridicidad propia, para Etcheberry, es difícil concebir, aun tratándose de homicidio piadoso, formulas atenuatorias de la responsabilidad “salvo que excepcionalmente las circunstancias del caso pudieran hacer posible la aplicación de la atenuante de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación” y agrega: “que no deja de ser paradójico el considerar en general como circunstancia atenuante el obrar por ira o por venganza y no dar igual tratamiento al actuar por móviles piadosos”.²⁷² Vivanco ya citada en

²⁷¹ VIVANCO MARTÍNEZ A. “*La Eutanasia Ante el Derecho*”. ob cit.-

²⁷² ETCHEBERRY “*Derecho Penal, Tomo III*” 1997 ob. cit. pag. 42

este párrafo, es de la idea de que el móvil piadoso esencial en la definición de eutanasia puede tener el efecto de “transformar la culpabilidad del sujeto” actuando como una minorante, “en la medida que el dolor ajeno ocasiona en algunas circunstancias una profunda perturbación psíquica en el individuo” equiparando ese móvil a una circunstancia atenuante del artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 1 del mismo Código, “ya que podría entenderse que los grandes padecimientos de un ser que sufre o la desesperada insistencia de un individuo para que se le dé muerte pueden ocasionar en quien es destinatario de estas solicitudes un impacto emocional de tal envergadura, que lo prive parcialmente de razón”.²⁷³ En esta “eximente incompleta” se constata que “existen condiciones de salud mental en las cuales el entendimiento y dominio de los propios actos no aparecen enteramente ausentes, pero sí disminuidos” entre los que se pueden contar los trastornos ocasionados por traumatismos psíquicos, los cuales en algunos casos pueden conducir al arrebató y obcecación, y en otros a considerar que se ha procedido de una manera irracional, motivada por un estado de extrema afectación, como puede ser una situación de dolor de tal envergadura que comprometa el poder de decisión del sujeto.”²⁷⁴ Sobre este punto; un dato histórico puede ser revelador acerca del terreno extremo en que se producen las situaciones de eutanasia: “En 1927 descarriló en Alpacatal provincia de San Luis, Argentina, el tren en que viajaban cadetes chilenos que volvían de la Argentina en misión de confraternidad continental. Una de las víctimas el cadete Perry, yacía casi moribundo entre los hierros retorcidos y maderas del convoy, que las llamas consumían. A gritos clamaba para que se pusiera término a sus sufrimientos. Uno

²⁷³ VIVANCO MARTÍNEZ A. “*La Eutanasia Ante el Derecho*”. ob cit.

²⁷⁴ ECHEBERRY “*Derecho Penal, Tomo III*” 1997 ob cit pag. 17

de sus jefes disparó contra él y le dio paz con la muerte. No se impuso sanción alguna”.²⁷⁵

Como estamos insertos en el análisis del tipo penal de homicidio no se debe, de plano, descartar que teóricamente en la ejecución de la eutanasia activa concurren algunos elementos que pudiesen eventualmente agravar la penalidad del autor en función de las circunstancias que rodean la ejecución de la muerte. Lo anterior, es, a mi juicio, altamente improbable, esto es, que las calificantes (incluso las agravantes genéricas del artículo 12 del C.P.) pudiesen concurrir en la eutanasia activa sin que ésta se desnaturalice, habida la simple consideración de que si no hay móviles piadosos y humanitarios no existe eutanasia y por ende o por defecto, se podrá hablar única y derechamente de homicidio simple o calificado.- Por lo señalado, se deben descartar de plano las circunstancias enumeradas en el numeral 1º del artículo 391 del Código Penal, desde la primera a la quinta, a saber:

1 Obrar con alevosía. Esta circunstancia es definida tradicionalmente como “el obrar a traición y sobre seguro”, en que el ejecutor oculta su verdadera intención moviéndose con un animo traicionero, aprovechando por tanto la desprevisión o el estado de indefensión de la víctima. Sin embargo no es posible aceptar que esta calificante pueda tener espacio en el ámbito de la eutanasia, desde que se requiere que la víctima no esté al tanto del actuar del sujeto activo, lo que no se condice con un homicidio a ruego o en situaciones de auxilio al suicidio. En otras modalidades ésta situación tampoco encuadra en el requerimiento de que haya sido “creada” o procurada por el autor como un elemento facilitador de su actividad; lo cual esta

²⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “*Libertad de Amar y Derecho a Morir*”; 1992. ob. cit. pag. 354

lejos de la intencionalidad del actuar eutanásico, el ejecutor no necesitará ocultar su intencionalidad en el evento de que el paciente carezca de conciencia al proveerle de un deceso tranquilo y sin padecimientos.²⁷⁶

2.- Por premio o promesa remuneratoria; quien se mueve por motivos económicos comete homicidio calificado y no uno eutanásico. A pesar de los esfuerzos de algunos comentaristas que motivados en un afán moralista han tratado de calificar de eutanasia acciones criminales como la eliminación de seres humanos transformados en carga para la sociedad, denominándola eutanasia social; dichas clasificaciones artificiosas y poco apropiadas para el análisis jurídico son rechazadas por los profesores y autores para quienes bastaría hablar sencillamente de genocidio, evitando que a estos programas criminales se les cubra con el ropaje lingüístico de termino eutanasia.²⁷⁷

3.- Por medio de veneno. Primero; es menester aclarar que en el análisis de esta calificante, estamos discurriendo fuera de aquellos casos en que el actuar médico provoca la muerte de su paciente, como un efecto colateral o secundario frente a terapias de combate al dolor, dando lugar a la figura atípica e impune fundada en la lex artis profesional propia de los casos de eutanasia indirecta, como ya concluyéramos.- Segundo; ocasionar la muerte de otro con un fin piadoso mediante el uso de veneno; dosis tóxicas de soporíferos, calmantes, anestésicos etc, no debe

²⁷⁶ “La apreciación de un homicidio calificado en su contra dependerá no de ese hecho - la indefensión - (lo que se encontraría prohibido por la regla de la inherencia del art. 63 del CP.) sino de que el autor se haya aprovechado de esta situación de indefensión esperando atacar en el momento de encontrarse sólo con la víctima; alejando a quienes podrían socorrerla en caso de peligro; o haya creado por si mismo, formas equivalentes (de indefensión) POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ; *“Lecciones de Derecho Penal Chileno”*, Parte Especial, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006, pag. 57

²⁷⁷ GASCÓN Marina. *“¿De Que Estamos Hablando Cuando Hablamos de Eutanasia?”* 2003 ob cit. pag. 9

incidir en la calificación de la conducta eutanásica desde que el medio no guarda relevancia alguna, el móvil piadoso de la eutanasia conjura la necesidad de insidia de la calificante; la situación de indefensión o inconsciencia de la víctima es un hecho no buscado por el sujeto activo y sobre el cual se funda la indignidad de existencia del sujeto pasivo a quien se pretende sustraer por misericordia. En definitiva, el uso de veneno en la eutanasia no sólo no aplica o encuadra dentro del concepto de la circunstancia tercera del N° 1 del artículo 391 del CP; sino que al ejecutarse la muerte por un medio razonable, rápido y normalmente indoloro, es de tal modo inherente al delito, que sin la concurrencia de esa modalidad no podría éste cometerse (artículo 63 inc. 2° CP).²⁷⁸

4.- Con ensañamiento; esto es, aumentar deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, no tiene cabida alguna en la eutanasia, bajo ningún respecto, ya que es posible que el médico ejecutor provoque un deceso traumático, lento y doloroso al paciente, pero se tratará de casos de impericia e incompetencia médica, que son impunes desde que la calificante exige mala intención o deliberación y en que el efecto de provocar un sufrimiento subsumible en una figura de lesiones culposas es absorbido por el resultado de mayor lesividad como lo es la muerte dolosa del homicidio simple.-

5.- Premeditación conocida; la que desde un aspecto moral revela en el delincuente un ánimo torcido, que aumenta su responsabilidad moral. La premeditación por criterio doctrinal requiere que el propósito se haya tomado con ánimo frío y

²⁷⁸ El homicidio por medio de veneno es pues un delito alevoso por antonomasia "insidioso y traicionero"- luego al decir de Carrara "no es el veneno el que le da la esencia al envenenamiento, éste es el que de la da esencia la veneno" POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ; "**Lecciones de Derecho Penal Chileno**" 2006 , ob cit pag 58

tranquilo; cuestión que rechaza la definición de la eutanasia como un acto en que lo realizado tiene precisamente un contenido moral, pues implica adoptar una decisión normalmente terrible y costosa para el ejecutor, el animo de frialdad e indiferencia hacia el bien jurídico, se contraponen al sentido del móvil piadoso, de compasión y humanidad propios de la figura.²⁷⁹ La ley debe considerar siempre la motivación. La premeditación no implica necesariamente mala intención.-

En síntesis; la eutanasia activa está fuera de la *lex artis* del sistema médico y del sistema normativo penal chileno, su regulación, por tanto, se someterá a las normas del homicidio y de la colaboración al suicidio en cuanto en su ejecución pueda atribuirse control o dominio del hecho ya sea, al propio sujeto pasivo o al médico tratante; con la particularidad, de que normalmente, podrá alegarse la concurrencia de una atenuante psicológica basada en el móvil de piedad o bondad del actuar y desechar en general las agravantes y calificantes del homicidio por cuanto, difícilmente serán atribuibles al autor o serán compatibles con la esencia de la definición de eutanasia.-

²⁷⁹ El homicida por piedad, que calcula con la máxima prolijidad su delito sería autor de homicidio calificado al estarnos al sólo criterio de la premeditación, en un contexto en que la agravación siempre conlleva sentimientos de la más acusada antisocialidad (cobardía en la forma más alevosa, ruindad en el homicidio venal, crueldad en el ensañamiento; insidia en el veneno) la premeditación no puede ser concebida sino en función de un desvalor equivalente, en un animo, dirigido por el cálculo y la reflexión, al aseguramiento de la propia persona del hechor o a la indefensión de la víctima. En este orden de consideraciones debe inscribirse un fallo de la C.A. de Chillán que declara incompatible la premeditación con momentos psicológicos opuestos (miedo, trastorno mental) 1954 G.J. LII 211) POLITOFF Sergio, GRISOLIA Francisco, BUSTOS Juan; ***“Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos Contra el Individuo en sus Condiciones Físicas”***; Segunda Edición, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006 pag 193. En igual sentido Garrido Montt; ***“Derecho Penal Tomo III”*** ob cit pag 68

TERCERA PARTE: PROYECTOS DE EUTANASIA ACTIVA Y FIGURAS RELACIONADAS EN CHILE, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.-

6.- Capítulo Sexto: Propuestas Normativas Chilenas para la Eutanasia.-

6.1 Anteproyecto de Código Penal (del Foro Penal)

Dentro del proceso de modernización de la justicia penal impulsado desde el Gobierno del presidente Frei Ruiz Tagle, el Ministerio de Justicia se aboca además a la modernización y reforma al Código Penal chileno que data en lo fundamental desde 1874. Para desarrollar esta labor el Ministerio de Justicia crea la “Comisión de Estudio para la Elaboración de un Anteproyecto de Código Penal” o bien entidad conocida como la Comisión Foro Penal, ello de conformidad a lo dispuesto en el Decreto. Número 443 de 12 de junio de 2003 (publicado en el Diario Oficial con fecha 04 de julio de 2003), y en virtud de la resolución exenta numero 1785, de 17 de Junio de 2003, se crea la Secretaría Técnica del Foro Penal, la que, entre sus competencias organizó los trabajos de una Comisión en Unidades temáticas, cuyo diseño de trabajo de acuerdo a lo que consta en los “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General” obra de sistematización del profesor Jean Pierre Matus publicitada en revista electrónica de Política Criminal contiene una versión refundida de los materiales de discusión con las observaciones recibidas y las conclusiones arribadas en las sesiones de la

Secretaría Técnica y del Foro Penal; de acuerdo a dicho resumen la labor consistió básicamente en:

a) La Distribución a todos los miembros del Foro de los llamados “Materiales de Discusión”, que contenían el texto propuesto por la Secretaría Técnica y sus fundamentos;

b) El Otorgamiento de un plazo razonable a los miembros del Foro Penal para que formularan observaciones y sugerencias al texto propuesto por la Secretaria Técnica;

c) La Compilación de dichas observaciones en un documento que permitiera su discusión entre los miembros de la Secretaría Técnica, quienes hicieron las observaciones y los miembros del Comité Directivo del Foro Penal;

d) Celebración de reuniones de trabajo entre los antes mencionados, para revisar los textos propuestos y las observaciones recibidas, para concordar el texto que en definitiva sería propuesto a la sesión plenaria del Foro Penal;

e) Sesiones plenarias del Foro Penal, donde se expusieron los textos concordados en las reuniones de trabajo y se aprobaron, con las modificaciones que se estimaron necesarias, las normas que se incorporan a la Parte General del Borrador de Nuevo Código Penal. Se realizaron seis sesiones plenarias, una por cada Unidad Temática, más una última adicional, correspondiente a la segunda parte de la Unidad N° 5.

f) Aprobadas las normas correspondientes a las cinco Unidades Temáticas de la Parte General, la Secretaría Técnica elaboró un texto refundido de las mismas, para efectos de darles su numeración y ubicación definitiva, conforme a los acuerdos del Foro, texto que nuevamente fue puesto a disposición de los miembros

del Foro para que hicieran las observaciones que estimasen pertinentes, particularmente para salvar errores de estilo y de concordancia derivados de la tarea de reunir en un solo texto normas aprobadas en Unidades Temáticas separadas.

g) Las observaciones recibidas sobre el texto refundido y el propio texto, fueron nuevamente revisadas por la Secretaría Técnica, resultando de dicha revisión el texto que en definitiva fue entregado al Ministerio de Justicia para los fines de generar un proyecto de Nuevo Código Penal^{280 281}.

Durante el 2003, año de inicio de sus labores la Comisión terminó la redacción del articulado correspondiente a la parte general del Código Penal. Desde el año 2004, el grupo de trabajo se abocó a la redacción de la parte especial. Un dato interesante de la obra es que los materiales de estudio consideraban no sólo la regulación actual chilena, sino sus problemas detectados en la doctrina y la jurisprudencia, así como las soluciones propuestas a ellos en la más reciente doctrina y legislación de España, Alemania e Italia. No obstante el esfuerzo, baste recordar como don Andrés Bello debió culminar en solitario su obra magna, parece que el sino se repite en la tarea del Foro; fuertes críticas de exclusión y quiebres sobre posiciones dogmáticas han horadado la labor de los entusiastas, pero a

²⁸⁰ COMISION FORO PENAL, SECRETARIA TECNICA, "*Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General*" Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto - disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf (consulta mayo 2007)

²⁸¹ La iniciativa, fue trabajada por la Comisión del Foro Penal, integrada por destacados jueces y académicos de distintas universidades del país, destacan entre éstos los profesores: Enrique Cury; Mario Garrido Montt; Luis Ortiz Quiroga; Carlos Künsemüller; Eduardo Novoa A; Miguel Schweitzer W; Juan Domingo Acosta; Claudio Feller; Jorge Gálvez; René García; Héctor Hernández; Johanna Heskia; Karin Künsemüller; Fernando Londoño; Francisco Maldonado; Jean Pierre Matus; Juan Carlos Manríquez; María Cecilia Ramírez; Jaime Retamal; María Elena Santibáñez; Miguel Viveros; Myrna Villegas y Raúl Carnevali. También participaron en los debates profesionales del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública

pesar de los escollos al cabo de cinco años, los académicos dieron vida al primer anteproyecto completo de Código Penal entregado al país en décadas.

A continuación, siguiendo el orden de análisis de los anales de discusión y revisión de las propuestas del articulado transcribo comentarios y piezas de debate referente a la propuesta normativa sobre el homicidio a ruego o bien piadoso;

6.1.1 Homicidio a Ruego

Texto inicial propuesto: *Art. 83.* El que mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, aunque concurren alguna de las circunstancias del artículo 81.

Entre las observaciones recibidas al interior del Foro destacan las emitidas por los profesores Silvia Peña y Felipe Caballero quienes no están por sancionar el homicidio consentido, por cuanto la figura implica cerrar legislativamente las posibilidades de discutir en torno al alcance y límites del consentimiento.. “no puede plantearse como un deber que le atañe al Estado de impedir la disponibilidad de la propia vida, ya que la dignidad y la libertad personal quedarían con muy poca capacidad dinámica para ser ponderados prevalentemente en un conflicto de interés con la vida”²⁸². Por su parte para la profesora Myrna Villegas el nuevo tipo

²⁸² COMISION FORO PENAL, SECRETARIA TECNICA, “*Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General*” Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto - disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf (consulta mayo 2007)

penal de homicidio a ruego, parece carecer de sentido, ya que se trata de una figura muy similar al auxilio al suicidio ²⁸³

Redacción aprobada por el Foro Penal

Art. 83. 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.

En fin dicha norma, pretende regular una de las alternativas de eutanasia, penada y entre nosotros rechazada tanto por la jurisprudencia y los textos éticos del sistema medico, la modalidad activa, en que el sujeto otorgante en este caso y para el supuesto de nuestra tesis; el médico, no estaría autorizado bajo su respecto para usar el expediente de dar muerte a ruego del paciente como un método inserto en su posibilidades de su lex artis. La norma apunta en general otorgar esta rebaja de pena en relación al homicidio y con medidas alternativas de cumplirla a un particular que ayuda humanitariamente a un ser humano de su entorno, pues el médico que incurra en más de una ocasión en el tipo penal deberá cumplir una larga pena de crimen privado efectivamente de libertad;

La otra figura relacionada a la eutanasia activa es la colaboración y auxilio al suicidio de un tercero, siguiendo el mismo orden de análisis arriba usado, veamos a continuación propuestas y debates contenidos en las actas del Foro relativos a esta modalidad de eutanasia:

²⁸³ COMISION FORO PENAL, SECRETARIA TECNICA Idem.-

6.1.2 El Auxilio al Suicidio.

Texto Propuesto § 2 Del auxilio al suicidio

Art. 84. El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado máximo, si se efectúa la muerte.

Entre Observaciones recibidas al tipo son contestes la profesora Silvia Peña y los profesores Álvaro Fernández y Miguel Viveros en orden a argumentar que si se tipifica como delito autónomo una actividad de mera colaboración o complicidad, con mayor razón debiera incriminarse la del instigador, por tratarse de la forma más grave de participación, equiparada en general a la autoría para efectos de su punición.²⁸⁴

Redacción aprobada por el Foro Penal

§ 2 De la inducción y el auxilio al suicidio

Art. 84. El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de reclusión menor en su grado máximo.

El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida.

²⁸⁴ COMISION FORO PENAL, SECRETARIA TECNICA Idem.-

6.2 Las propuestas legislativas relacionadas a la eutanasia y el derecho a muerte digna.-

6.2.1 La tramitación del proyecto sobre los llamados derechos del paciente (Boletín 2727-11)

Mediante el expediente de un mensaje del Presidente Ricardo Lagos Escobar se dio inicio en junio de 2001 a la discusión en el seno de la cámara de diputados del “Proyecto de Ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud (Boletín 2727-11)”. En el curso de la tramitación, hubo en diciembre del año siguiente, un Primer Informe de la Comisión Salud en que se aprobó la sustitución del art. 13 del proyecto original, que tuvo como consecuencia que se rechazaran los arts. 13 a 16 y 19 del proyecto presentado por el Ejecutivo. De este modo; en el texto original el Artículo 16.- señalaba que “ Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su consentimiento para someterse a cualquier procedimiento invasivo, de cirugía mayor o compleja, y otros que defina el Ministerio de Salud, salvo que la negativa pueda implicar su muerte y siempre que no exista otro procedimiento alternativo” sin embargo, en el nuevo artículo 13 se sintetizaron los contenidos del párrafo sexto y séptimo sobre consentimiento informado, quedando el nuevo texto en el siguiente tenor: “La persona que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9°, fuere informada de que su muerte es inminente e inevitable, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier intervención, procedimiento o tratamiento cuyo único objetivo sea prolongar artificialmente su vida, de modo irracional o desproporcionado.

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.

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible, en los términos del artículo 9°.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte, en consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

Tratándose de menores de edad, personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio de que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal.”

La modificación es obra fundamentalmente de los diputados Cristo; Aguiló, Bayo, Cornejo, Forni, Masferrer, Melero, Ojeda y Palma, indicación que sirvió, como se señalara para sustituir los artículos 13, 14, 15, 16 y 19 en el sentido de evitar alguna “ambigüedad terminológica”, aún cuando en el Mensaje del Ejecutivo se indicaba que no se pretendía legitimar la eutanasia, cuestión ratificada en los dichos de la ministra de salud señora Michelle Bachelet quien planteó en su momento ante la comisión que: “un tema, que es bastante delicado y que aborda el proyecto, dice relación con lo que los cristianos llaman “el buen morir”. Sobre esta

materia se ha conversado con representantes de la Iglesia Católica, ya que muchas veces los médicos, en su afán de resolver los problemas de salud, han dejado de lado el hecho de que, a veces, es más digno un buen morir que una lucha permanente hasta lo indigno por sobrevivir. En este sentido se plantea esta materia, que no tiene ninguna relación con la eutanasia. Expresa que en las clínicas privadas es factible que un paciente con una enfermedad terminal opte por no recibir un tratamiento, pero no sucede lo mismo en el sector público donde la única posibilidad de que una persona no reciba un determinado tratamiento es que, bajo su propia responsabilidad, pida el alta. Es decir, si a un paciente le pasa algo, él es el responsable. El proyecto señala que, tratándose de pacientes terminales, se pueda optar por no seguir recibiendo un determinado tratamiento, previo cumplimiento de determinados requisitos. Lo que se está señalando es que la persona pueda optar por no recibir más tratamientos relacionados con una eventual solución a su problema de salud, pero ello no implica que se puedan dar otros para ayudarle a superar una crisis, como, por ejemplo, detener una hemorragia o darle medicamentos para aliviar el dolor”.²⁸⁵

En síntesis, hubo un esfuerzo del gobierno por aclarar que lo que el proyecto perseguía era evitar un “encarnizamiento terapéutico”, además de la nueva redacción del párrafo en que se eliminó de modo absoluto la posibilidad de que el derecho a otorgar o denegar la voluntad para someterse a cualquier procedimiento fuera considerado en forma independiente del hecho de la muerte. El señor subsecretario de salud reclamo en dicha oportunidad que la decisión informada

²⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

debía abarcar esferas que están más allá de la muerte inminente como en definitiva se estableció. Igualmente través de dicha modificación, se quiso evitar la configuración del denominado testamento vital en las disposiciones originales (que se refiere a la expresión de voluntad previa del paciente para rechazar toda intervención médica que pudiera estar dirigida a salvar su vida).

El argumento de los diputados en contra de estos DVA (documentos de voluntad anticipada) se fundó en que “establecer anticipadamente la voluntad de una persona podría dar origen a una práctica lesiva del interés ciudadano y podría generalizarse la existencia de formularios en que se solicite la anuencia de la persona junto a otros trámites meramente reglamentarios” El proyecto enseguida se discutió en sala el 18 de diciembre de 2002, aprobándose la idea de legislar unánimemente por 85 diputados presentes, el que contó con el apoyo político con reservas, como expusiera el diputado opositor señor Forni quien argumento que: “Los diputados de la UDI votaremos favorablemente en general este proyecto en los términos en que ha sido informado por esta Sala, y esperamos que el Ejecutivo no insista en reponer disposiciones que nuevamente pudieran hacer surgir dudas en esta materia”,²⁸⁶ (eutanasia se quiso decir). El proyecto debía pasar a un Segundo Informe de la Comisión Salud para discutir las indicaciones formuladas durante la sesión de aprobación, sin embargo el 15 de enero de 2004 el Presidente Lagos retiró la urgencia simple de la tramitación del Proyecto y el 20 de abril de 2006 mediante oficio la Cámara resolvió acceder al archivo del proyecto a petición de la Presidenta de la Republica señora Bachelet.

²⁸⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

6.2.2 La propuesta del senador Nelson Avila

(boletín 3690-11)

Con fecha 05 de octubre de 2004 el senador Nelson Avila Incorporó al debate mediante moción (boletín 3690-11) un proyecto de ley que estaba destinado regular la aplicación de la eutanasia en los casos que el mismo proyecto indica; de modo referencial, baste señalar que se da inicio al texto mismo del proyecto con una definición de la materia a tratar; a saber y textual, artículo 1º “Para los efectos de esta ley se entenderá como eutanasia la acción u omisión de un médico que por su naturaleza o intención provoque la muerte de un paciente que, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que esta ley señala, ha expresado la firme voluntad de poner término a su vida por razones humanitarias”.

Para los fines de fundamentar su proyecto el senador Avila manifestó en el mismo documento como también ha sostenido en los medios de prensa que “hoy, los avances de la ciencia, nos obligan a replantearnos la lucha histórica del hombre por vencer la muerte. La prolongación de la existencia por medios artificiales, a veces permite una sobrevida pero significa elevadísimos costos materiales y psicológicos tanto para el paciente como para su familia.... nuestra legislación no contempla la eutanasia como figura penal autónoma y de presentarse un caso de estas características ante nuestros tribunales, necesariamente deberá ser adecuado a las figuras penales existentes. Así, por ejemplo, el médico que humanitariamente decida aliviar el sufrimiento de su padre, será condenado por parricidio....la eutanasia pasiva es común en todos los centros hospitalarios del país pero no

aflora en la discusión pública salvo algún caso que posea connotaciones mediáticas. Ocurre lo mismo con el aborto terapéutico, donde 150 mil abortos se producen en Chile y todo el mundo prefiere mirar a otro lado”.²⁸⁷

En lo concreto la iniciativa establece que es derecho de toda persona otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario, cuando se trate de un paciente en estado terminal, esto es, que padezca un precario estado de salud, debido a una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, que haga prever que le queda muy poca expectativa de vida. (artículo 2º) Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal. En caso de pacientes cuyo estado impida obtener su consentimiento, pero se presume que prontamente podrá prestarlo de forma libre y espontánea, se entenderá que acepta el tratamiento hasta que su voluntad pueda ser conocida. (artículo 2º) No obstante, la voluntad del paciente no tiene efecto alguno cuando la no aplicación de los procedimientos o intervenciones señaladas precedentemente suponen un riesgo para la salud pública, debiendo dejar el médico tratante expresa constancia de configurarse esta causal en la respectiva ficha clínica. (artículo 3º) En caso de muerte cerebral, la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos será adoptada por el

²⁸⁷ DEPARTAMENTO DE PRENSA; Senado de la República “*Piden debate amplio y directo por proyecto que permite y regula la aplicación de la Eutanasia*” Información disponible en: http://www.senado.cl/prontus_senado/antialone.html?page=http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20050331/pags/20050331165606.html (consulta mayo 2007)

cónyuge. A falta de éste la decisión será tomada por los padres y, a falta de uno, por el otro. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive. (artículo 7º) El médico tratante deberá consultar siempre la opinión de una Comisión Ética que estará integrada por el director del Servicio de Salud respectivo, dos médicos cirujanos, un médico psiquiatra y un abogado. Ésta deberá certificar por escrito la circunstancia de encontrarse contestes la mayoría absoluta de sus miembros tanto en la calidad de terminal del estado de salud, así como de la innecesidad de los cuidados.(artículo 9º) En cuanto a la eutanasia activa el proyecto propone que todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano. Para ejercer este derecho, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar, previamente y en lenguaje comprensible para el paciente, información completa respecto de la enfermedad, sus implicancias y posibles tratamientos. Esto se hará en forma oral y también por escrito, en un acta que deberá firmar la persona o su representante legal. (artículo 10) La solicitud de autorización para auxiliar al suicidio deberá ser presentada ante el Director del Servicio de Salud correspondiente. El médico tratante deberá consultar siempre la opinión de la Comisión Ética. Ésta deberá certificar por escrito la circunstancia de encontrarse contestes la mayoría absoluta de sus miembros en el hecho que el paciente sufre una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible que se le representa como

imposible de soportar. (artículos 14-15 y 16) Para estos efectos, la iniciativa establece que en cada región del país existirá una Comisión Ética cuya integración, subrogación, funcionamiento y atribuciones estarán dados por un reglamento que, para estos efectos, dictará el Ministerio de Salud. (Artículo 17) La Comisión Ética, dentro del plazo de 5 días hábiles, otorgará la correspondiente autorización cuando la solicitud cumpla con todos los requisitos. La aprobación o rechazo de la solicitud deberá siempre fundarse por escrito y no será susceptible de recurso alguno. La solicitud rechazada no podrá interponerse nuevamente sino en el plazo de tres meses y siempre que contemple nuevos antecedentes. (Artículo 22) En los casos señalados precedentemente no existirá responsabilidad administrativa, penal ni civil para los médicos o para el establecimiento asistencial que haya atendido al paciente, derivada de la aplicación de procedimientos eutanásicos. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, el paciente, o en su defecto, alguno de sus herederos o representantes legales se reservarán el ejercicio de las acciones judiciales que correspondan en el caso de que exista un incumplimiento grave de los requisitos establecidos por esta ley y su reglamento (artículo 27)

Con fecha 04 de enero de 2005 consta el último trámite administrativo de esta moción, cuenta del mensaje 256-352, mediante el cual se incluye este proyecto en la convocatoria a legislatura extraordinaria, desde entonces no existen movimientos a su respecto.²⁸⁸

²⁸⁸ - BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

6.2.3 proyecto de los diputados Fulvio Rossi y Juan Bustos del año 2006 que establece regulación legal de la eutanasia.- (boletín 4201-11).

Proyecto de fecha 11 de mayo de 2006 presentado por los diputados Fulvio Rossi y Juan Bustos con el apoyo de congresistas del Partido Socialista, se encuentra a la fecha en su primer trámite constitucional, pendiente su informe desde la Comisión de Salud y en seguida, desde la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. La finalidad de la moción es técnicamente agregar el establecimiento de la regulación legal de la eutanasia al Libro I del Código Sanitario; mediante la inserción de un título que se contiene desde el artículo 54 bis letras A hasta la Ñ; y sustituir el artículo art. 393 del Código Penal a fin de despenalizar la figura de auxilio al suicida. A través de la fundamentación del proyecto se visualiza la pluma del profesor Juan Bustos desde su argumentación en datos históricos y consideraciones de derecho comparado. Según sus autores esta propuesta legislativa “recoge las concepciones más modernas del derecho comparado estableciendo definiciones claras de la eutanasia, en sus variantes activa y pasiva, la regulación de los requisitos de procedencia, así como la posibilidad de un testamento vital por parte del paciente. Desde otra perspectiva deja claramente establecida la justificación de la conducta desde el punto de vista del derecho punitivo, cuando se cumplen con los requisitos y establece una precisa regulación a los médicos desde el punto de vista ético. Dos son los grupos de casos que debemos abordar separadamente: aquellos en que la decisión médica se basa en la constatación de la inexistencia de un tratamiento terapéutico adecuado para

salvar la vida del paciente, y aquellos donde lo principal es la voluntad de este de poner termino a su vida, aunque existan posibilidades de sobrevivida. El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático, esto es, la constante revisión de por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada”.²⁸⁹

El proyecto es bastante similar al anteriormente analizado y de autoría de senador Avila; esto contiene una definición, similar Art. 54° bis.- “Para los efectos de esta ley se entenderá como eutanasia la terminación de la vida que lleva a cabo un médico a petición del paciente, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que se señala en los siguientes artículos”. Seguidamente define en el artículo Art. 54° bis A.- la eutanasia pasiva. Como el “derecho de todo paciente terminal otorgar o denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico que estime invasivo, complejo o innecesario cuando se trate de un paciente en estado terminal” estableciéndose en dicha disposición los casos a considerar como terminales, asimismo, en el artículo 54° bis G.- dispone que el médico tratante deberá consultar siempre la opinión de una Comisión Ética de comprobación que se establece y se regula en detalle dentro del proyecto, asimismo, lo no regulado, se propone quede de cuenta de un reglamento a cargo de Ministerio de Salud.- La eutanasia activa se define en el artículo 54°bis H.-al decir que “Todo paciente que sufra una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible en lo físico y que se le representa como imposible de soportar podrá solicitar por razones humanitarias, y

²⁸⁹ - BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

de conformidad a las normas que esta ley establece, que la muerte le sea provocada deliberadamente por un médico cirujano”

Respecto del Código Penal se propone un nuevo art. 393 del Código Penal en el siguiente sentido: Art. 393. El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma será castigado con pena de presidio mayor en su grado mínimo.

El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.

Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida.

El supuesto al que se refiere los incisos anteriores no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el título VI del Código Sanitario y se lo haya comunicado a la comisión ética de comprobación²⁹⁰.

El proyecto en general provocó un conflicto político de alta resonancia mediática, cuestión que curiosamente no causó el anterior proyecto del senador Avila. Hasta el punto de solicitarse desde el ámbito de la coalición gobernante y desde la oposición al gobierno la censura a la mesa directiva de la cámara; cuestión que si bien, no prosperó, en definitiva marcó el congelamiento del proyecto al constituirse en un

²⁹⁰ - BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

elemento de división e incomodidad al Gobierno, que no lo avaló argumentando que nunca contempló en su programa la regulación legal de la eutanasia.²⁹¹

6.2.4 La propuesta del senador Guido Guirardi del año 2006. (boletín 4271-11).

Este proyecto se genera el 23 de junio de 2006 al amparo de una propuesta de los senadores Girardi, Gómez, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide, En la actualidad se encuentra pendiente en su ingreso a la Comisión de Salud. Según los fundamentos de los propios creadores de la moción a través de este proyecto se propone “.legislar sobre las condiciones de dignidad en que pueden cesar los días de toda persona, estableciendo para tal efecto, la posibilidad de que cada cual decida y opte por el respeto de estas condiciones que no son otras que las que la dignidad humana y la naturaleza establecen”.²⁹² Tal vez una de las innovaciones del proyecto es que su articulado se contiene la figura de un “curador” a fin de cumplir la voluntad del paciente sobre las condiciones en que desea finalizar su vida, designándolo de acuerdo a las normas del Título XIX y siguientes del Libro I del Código Civil. Ahora bien, queda de manifiesto que este derecho a manifestar directamente una voluntad eutanásica o nombrar el curador especial para tal fin esta reservado sólo a personas en “situación de enfermedad que pueda

²⁹¹ Fuertes diferencias entre el PS y la DC. La presidenta de la DC, Soledad Alvear señaló que se reunirá con Camilo Escalona, por cuanto existe una gran diferencia en cuanto al tema del proyecto de eutanasia. Más información en: <http://diario.elmercurio.com/2006/05/12/portada/portada/noticias/5C614591-3B03-4D33-B6AC-767BB3F3D824.htm?id={5C614591-3B03-4D33-B6AC-767BB3F3D824}> (consulta septiembre de 2007)

²⁹² - BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

desencadenar en la muerte”²⁹³. En tales casos, bastará la presencia y fe otorgada por el Director del Establecimiento de Salud y del representante legal o pariente más próximo. Fuera de las circunstancias anteriores, esto es, bajo la imposibilidad de prestar consentimiento de cualquier forma, los facultativos médicos consultarán, en todo caso la voluntad de los parientes más próximos. (artículos 3, 4 y 5 del proyecto). La línea argumentativa del proyecto no se aparta, en general, de los fundamentos éticos y doctrinarios de los anteriores; es por ello que resulta un tópico reconocible los principios del artículo primero que declara que “Toda persona tiene derecho a una muerte digna que incluya la libertad para determinar las terapias a las que desea ser sometido ante la proximidad de su muerte, el derecho a no padecer males o dolores innecesarios y a evitar la prolongación artificial de su vida” o de cierto modo pacífico la declaración del artículo segundo al proponer que “Toda persona mayor de edad tiene la libertad y el derecho a definir los cuidados y tratamientos a los que desea o no someterse ante la proximidad de su muerte. Dicha manifestación de voluntad deberá constar por escrito y otorgarse ante cualquier ministro de fe”.

En general, el proyecto no da señales de avance y por ser reiterativo de medidas y normas existentes o no controvertidos, ha estado exento de mayores polémicas mediáticas o políticas, de modo que es posible prever que se trate de una propuesta más destinada al repertorio de proyectos archivados.-

²⁹³ - BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta mayo 2007)

6.2.5 La propuesta de reforma constitucional relativo al derecho a la vida, destinado a garantizar que nadie podrá ser privado de la misma.-

(boletín N°4247-07)

Se trata en general de una reacción de congresistas del partido Demócrata Cristiano quienes preocupados frente al hecho de que es “Que es público y notorio el debate que se ha abierto en nuestro país sobre el derecho a la vida, con motivo de iniciativas destinadas a promover el establecimiento de la denominada eutanasia, a través de la cual se pretende establecer una expresa autorización legal para que las personas por sí, o a través de sus representantes, puedan solicitar a terceros que les priven de la vida” presentaron con fecha 20 de junio de 2006 esta moción que busca poner un muro de contención a tales ideas, impidiendo desde el texto constitucional la posibilidad de que los ciudadanos accedan a la eutanasia; cuestión notoriamente ambigua, pues del texto de la propuesta es, en suma, breve y poco fundamentado, da la impresión que fue elaborado en un animo de sobre reacción o con meros fines publicitarios atendida la escasa argumentación técnica o doctrinaria que le acompaña. En fin, dicha moción pretende modificar el texto de la garantía constitucional de numero uno del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Estableciendo que la vida deberá ser respetada desde el momento de la concepción hasta la muerte; prescribiendo expresamente que “nadie podrá ser privado de ella”. Pues bien, si el efecto o finalidad perseguido por los legisladores es la limitación a pretensiones de la eutanasia, ella se limitará a los expedientes en que alguien “prive de la vida a otro”, en definitiva, a los casos de eutanasia activa con (evidentemente) participación de terceros, cuestión que a la luz de la normativa

actual no ofrece absolutamente ningún elemento adicional. La privación de la vida del otro, por causa de la legítima defensa, el cumplimiento del deber, la eutanasia pasiva e indirecta, subsisten y subsistirán frente a esta nueva norma; como asimismo, es dudoso que tenga algún efecto sobre una eventual pretensión de despenalizar la colaboración al suicidio o aminorar la pena en los casos de homicidios a ruego.-

6.2.6 La propuesta de los honorables Senadores señores Girardi, Gómez, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide, “Sobre Derecho de los Pacientes”.
(boletín 4270-11).

Este proyecto se genera también el 23 de junio de 2006 al amparo de una propuesta de los senadores Girardi, Gómez, Navarro, Ominami y Ruiz-Esquide, En la actualidad se encuentra pendiente en su ingreso a la Comisión de Salud del Senado. Conforme sus autores la propuesta legislativa contenida en este proyecto ha intentado recoger la más moderna doctrina y legislación extranjera sobre la materia, haciendo énfasis en la regulación de los derechos sustantivos de los pacientes más que en cuestiones de orden procedimental o funcional. Asimismo exponen que la iniciativa legislativa tiene un sello de la originalidad y la innovación a riesgo de ser, por ello, *desestimada*, en cuanto a que su núcleo central presenta una categorización de los derechos de los pacientes, distribuida o dividida en macro derechos -muchos de ellos, directa o indirectamente reconocidos a nivel nacional e internacional como derechos humanos fundamentales- a partir de los cuales se desglosan un conjunto de subcategorías de derechos específicos, concreción de

los primeros. Se puntualiza además que se contempla una expresa aspiración cual es el establecimiento del control ético y disciplinario de los profesionales de la salud en el Colegio de la Orden.

En lo medular este proyecto garantiza a los ciudadanos en el párrafo tercero y específicamente en su artículo siete que: “ Art.7. Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye: 5.- El derecho a morir dignamente, comprendiendo en él, al menos, el derecho a que se respete la voluntad del paciente a tener una muerte natural y en paz, evitando adelantarla o retardarla artificialmente”.

Este proyecto es, en pocas palabras una reiteración de los conceptos de rigor tan detalladamente analizados sobre decisión informada y eutanasia pasiva, que no implican mayor innovación sobre tal aspecto considerando que esta normativa forma parte de la normativa de Ética del Colegio Médico de Chile (arts. 22 23 y 28).

294

²⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.htm> (consulta mayo 2007) nota: Es el mismo proyecto del año 2000 (**boletín Nº 2597-11**) Moción de los entonces diputados señores Girardi, Jaramillo, Leal, Urrutía y de las diputadas señoras Adriana Muñoz y María Antonieta Saa. Titulado también “Proyecto de Ley sobre los Derechos de los Pacientes” y archivado el 06 de marzo de 2007 por cuanto dicha moción se refiere a una materia incorporada en el boletín Nº 4398-11 (Mensaje de la Presidencia)

6.2.7 Propuesta de la Presidenta de la Republica sobre proyecto de Ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

(Boletín 4398-11)

Con fecha 26 de julio de 2006, se ingresó este Mensaje de la Presidencia a la Cámara de Diputados, señalando entre sus antecedentes que en dicho texto se recoge el aporte que los integrantes de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados habían efectuado durante los años en que el mensaje del Ejecutivo sobre derechos y deberes de las personas en salud estuvo en tramitación (Boletín 2727-11) como asimismo, el debate derivado de las diversas mociones parlamentarias; la primera, del año 2000, Boletín N° 2597-11, "Sobre Derechos de los Pacientes", la última, del año 2006, Boletín 4270-11.-

Esta nueva propuesta hace referencia entre sus principios inspiradores a conceptos tales como el de: dignidad y autonomía de las personas en su atención de salud; el derecho de las personas a decidir informadamente; el respeto de los menores de edad; el respeto de la autonomía frente a la investigación científica; el respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual; la confidencialidad de la información de salud; el reconocimiento al derecho a la participación ciudadana en salud; un marco legal para la tutela ética en los servicios asistenciales y en lo que nos interesa: "el respeto de las personas en situación de salud terminal". Definiéndolo como: "una necesaria consecuencia de la consagración del derecho a consentir cualquier intervención que en el ámbito de la propia salud", asoma desde allí 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. Expresándose que lo que se busca garantizar, es, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión. Según el propio mensaje lo que se pretende es consagrar la posibilidad de “limitar del esfuerzo terapéutico”, con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica. Asimismo, el mensaje asevera que: “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, constituye el desafío crucial de la formulación legal propuesta”. Se expone por ende que por la importancia ética, práctica e incluso política, esta materia se ha regulado de manera especial, 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 decisión.

En la explicación del proyecto se hace presente, además, que su contenido se presenta bajo la lógica de los cambios sugeridos a los textos anteriores sobre la materia.-

En síntesis, el proyecto enuncia textualmente en su Párrafo 5º llamado: “De la Autonomía de las Personas en su Atención de Salud” Párrafo Primero. “De la Decisión Informada” 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.

El ejercicio de este derecho es libre, voluntario, expreso e informado; para ello será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 8°.....”

Mas adelante en los acápite que nos interesan. Párrafo 2 sobre Estado de Salud Terminal y la voluntad manifestada previamente - se establece en el artículo 17 que: “En el caso que se trate de una situación en que la persona fuere informada por el *profesional tratante de que su estado de salud es calificado como terminal, el rechazo de los tratamientos no podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.*

Para los efectos de esta ley se entenderá que el estado de salud es terminal cuando la persona padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte.

El rechazo de tratamientos en estas circunstancias, no podrá implicar la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos que permitan a la persona hacer más soportables los efectos de su enfermedad, ni a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado, como tampoco a recibir, cuando lo requiera, asistencia espiritual.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso segundo del artículo siguiente o los

parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

En los artículos siguiente del proyecto se alude (Artículo **18**) al derecho de toda persona para “*manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, bajo la condición de expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso*” (una abierta referencia los Documentos Anticipados de Voluntad que extrañábamos en cuanto a su regulación formal para el sistema chileno).

A continuación se otorga en el Artículo **19**; la facultad al profesional tratante “*que tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, para solicitar la opinión del comité de ética que el Ministerio de Salud creará mediante Reglamento*”. También, se podrá solicitar la opinión de dicho comité, si la indicación de limitación del esfuerzo terapéutico es rechazada por la persona o sus representantes legales, pero en estos casos el pronunciamiento tendrá sólo el carácter de recomendación. Esta norma además establece la procedencia el Recurso Constitucional de Protección (artículo 20 de la Constitución Política de Republica), ya que sin perjuicio de la opinión del comité, la persona o sus representantes legales podrán solicitar a la Corte de Apelaciones

correspondiente la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias.

Finalmente en el artículo **20**, se regula en caso en que las personas, *“expresaren su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, las que podrán solicitar el alta voluntaria. (en tales casos, la Dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa).*²⁹⁵

Con fecha 20 de julio de 2007 La comisión de salud de la Cámara de Diputados elaboró su informe en el proyecto de ley; dentro de acta de discusión consta que algunos diputados manifestaron su preocupación en el sentido que el derecho al tratamiento del enfermo terminal pudiese dar paso a la eutanasia activa. Asimismo, se planteó la importancia de establecer con claridad a quién corresponde decidir respecto de la continuidad o suspensión del tratamiento. Se sostuvo que esta decisión debería ser adoptada por el paciente en la medida en que esté suficientemente informado y se hizo presente que en muchos casos se traspasa esta responsabilidad a las familias, por lo que debería considerarse mayormente la voluntad del afectado. Igualmente, se hizo referencia a la influencia que tiene el costo económico de los tratamientos en estas decisiones, sobre todo en los hospitales públicos. Además, se hizo notar que la decisión del paciente o de su

²⁹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta agosto de 2007)

familia en orden a perseverar en un tratamiento inútil no obliga moralmente al equipo médico, que debe regirse primeramente por su buena praxis clínica y negarse a continuar con procedimientos que no producirán resultados.

La señora Subsecretaria de Salud Pública presente en la discusión, aclaró que las disposiciones que se refieren a esta materia tienen por objeto permitir a las personas una muerte digna y que éstas puedan rechazar el tratamiento médico en los casos en que la enfermedad que sufren sólo prolongaría la vida en forma artificial, lo que se traduciría en una mala calidad de vida.

El proyecto, así aprobado por la Comisión se discutió en la Cámara durante la Sesión N° 56, el día 31 de julio de 2007; correspondiendo efectuar labores de diputado informante de la Comisión de Salud al señor Marco Antonio Núñez. Quien destacó lo señalado hasta este punto esto es, que el proyecto garantiza que, aún en una situación de salud de extrema precariedad, la persona atendida podrá rechazar tratamientos que estime desproporcionados y superfluos, a fin de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, sin que ello se traduzca en acelerar artificialmente el proceso de muerte. Señaló que con el texto del artículo 17 queda descartada cualquier posibilidad de ejercer la eutanasia activa, en el contexto del resguardo de los deberes y derechos de los pacientes, definiéndose además en el articulado las condiciones explícitas en que los pacientes pueden hacer uso de este nuevo derecho, a fin de evitar el denominado públicamente encarnizamiento terapéutico al momento de la agonía.

Se puso en votación general el proyecto, con excepción de los artículos con

contenidos o materias propios de Ley Orgánica Constitucional. - Efectuada la votación, se obtuvo el siguiente resultado: por la afirmativa, 56 votos; por la negativa, 54 votos. No hubo abstenciones. De este modo quedo aprobado en este trámite y no obstante haber participado en el debate en Comisión y haberse en general, aceptado las indicaciones de los diputados de Alianza por Chile (el conglomerado opositor al Gobierno) éstos votaron en contra del proyecto, el que a continuación seguirá su tramitación hacia la Cámara del Senado con visos razonables de convertirse en Ley de la Republica.-

Como síntesis de lo expuesto podemos señalar que:

1.- El proyecto recoge los principios analizados hasta ahora, de legitimidad de la eutanasia indirecta y pasiva (en la medida que esta no implique un aceleramiento del proceso mortal) como se acoge desde antaño en los principios del Código de Ética del Colegio Médico.-

2.- Que frente a las situaciones complejas o limítrofes se otorgará competencia a los Comités de Ética como ocurre en otras legislaciones de América y Europa.-

3.- Excepcionalmente se otorga jurisdicción a los tribunales mediante el recurso constitucional de protección.-

4.- Se regula formalmente la existencia de DVA (documentos de voluntad anticipada) los que deberán ser detallados al igual que los comités de ética por u

Reglamento del Ministerio de Salud.-

5.- Se descartan de plano para nuestro sistema, las figuras de la eutanasia activa y en algunos casos, de la pasiva; ésta ultima en la variante del suicidio o actividad meramente aceleradora del proceso mortal, (como se quiera ver, una cara del eutanasia activa vía comisión por omisión).-

6.3 El tribunal Constitucional - Análisis crítico desde la interpretación constitucional y la visión de los autores nacionales sobre la figura y los proyectos.

El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo y definido institucionalmente como un soporte esencial de la integridad del ordenamiento jurídico nacional. Mediante la Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005, se introducen diversas modificaciones a la Constitución Política de 1980, entre las que destacan aquéllas producidas respecto del Tribunal Constitucional. Las nuevas competencias que en el texto de la Carta emanan (entre otras) de su artículo 93.- señalando que son atribuciones del Tribunal Constitucional; N° 3.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; N° 6°.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7°.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior. Dichas modificaciones pueden sintetizarse de la siguiente forma: se unificó, en una sola jurisdicción, que es el Tribunal Constitucional, el control preventivo y posterior de la constitucionalidad de la ley. Para estos efectos, el conocimiento y fallo de los recursos de inaplicabilidad pasa desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional. Se confía al Tribunal Constitucional la posibilidad de declarar inconstitucional, con efectos generales, un precepto legal que previamente haya sido declarado inaplicable, ya sea

procediendo de oficio o mediante el ejercicio de una acción pública. Se amplió el control preventivo obligatorio de constitucionalidad a las normas de un tratado que versen sobre materias de ley orgánica constitucional.

En el evento de que la tramitación de un proyecto sobre eutanasia pueda retomar un curso progresivo hacia nuevas etapas en el seno del Congreso o en el caso de que uno de estos pendientes, alcance el carácter de norma legal promulgada y vigente en el territorio de la república, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional tendrá participación en su aplicación; ya sea, a través de los inminentes requerimientos que congresistas contrarios a la figura de la eutanasia puedan interponer apelando al control preventivo, ya sea por grupos religiosos o de corte moralista, recurriendo a posteriori vía inaplicabilidad en contra de los preceptos que faciliten la buena muerte con auxilio directo y activo por parte de terceros. El escenario es absolutamente imaginable, por ello es que se hace necesario analizar la posible postura del tribunal en orden a prever el destino de las pretensiones legislativas. En este punto se debe hacer un alcance. Por diversas razones, no imputables al Tribunal, es de fácil constatación de que, si bien existen esfuerzos por el establecimiento de una línea argumentativa de su parte en lo referente al tema de los límites o contornos del derecho a la vida, apenas cuatro fallos, sólo permiten extraer esbozos de principios, que a pesar de no contener una doctrina elaborada, al menos dan luces sobre el eventual criterio jurídico esperable en lo que respecta a la disposición del bien jurídico vida por cuenta de su titular:

a) Del fallo causa rol nº 220 del año 1995 del Tribunal Constitucional, por requerimiento formulado por diversos senadores para que el Tribunal resolviera

sobre cuestión de constitucionalidad planteada a determinados artículos del proyecto de ley sobre trasplantes de órganos, de acuerdo al antiguo artículo 82, n° 2, (actual artículo 93 N° 3) de la Constitución Política de la República. Con fecha trece de agosto de mil novecientos noventa y cinco, asevera en el considerando noveno que: "Cabe considerar que el legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y a la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho. En lo que se refiere a la muerte, ha regulado su régimen jurídico; sus efectos familiares y patrimoniales; la existencia de la pena de muerte para ciertos delitos tipificados en los Códigos Penal y de Justicia Militar, lo que la propia Constitución legitima en su artículo 19, N° 1°, inciso tercero que expresa: "La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado". O sea, el legislador puede autorizar a los tribunales para imponer la pena de muerte privando legítimamente de la vida a determinadas personas; igualmente establece la legítima defensa como circunstancia eximente de responsabilidad penal. Haciendo uso de ella, una persona, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 10, N° 4 del Código Penal, que la consagra, puede dar muerte lícitamente a otro".²⁹⁶

b) Del fallo causa rol n° 325 del año 2001, en razón de un requerimiento formulado por diversos senadores para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 22 de enero de 2001, relativo a Restricción de Vehículos Catalíticos, publicado en el diario oficial de 12 de abril de 2001, de acuerdo al artículo antiguo

²⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, archivo de sentencias, Información disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_220.doc (consulta mayo 2007)

82, n° 5, (actual artículo 93 N° 8) de la Constitución Política de la República. Curiosamente el fallo contiene referencias al derecho a la vida y su contextualización; al decir en su considerando cuadragésimo sexto; “Que, acorde con lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” de los derechos que podrán ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sub-lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8° del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución”.²⁹⁷

²⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, archivo de sentencias, Información disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_325.doc (consulta mayo 2007)

c) En la causa rol N° 349 de 30 de abril de 2002; el Tribunal hubo de efectuar un control Obligatorio de constitucionalidad al proyecto de ley sobre Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, de allí un fallo de, treinta de abril de dos mil dos; asevera que son constitucionales las modificaciones en la ley N° 16.618, de Menores, (actual ley 19.806): sustituyéndose el antiguo artículo 30 del texto en los términos siguientes: “En los casos previstos en el artículo 26, N° 7, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal,

no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo. Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto”.²⁹⁸

d) Finalmente en la sentencia recaída en la causa rol 740, de fecha 18 de abril de 2008, con motivo de un requerimiento de inconstitucionalidad deducido por diputados de la “Alianza por Chile” grupo opositor al Gobierno, en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Propone el Tribunal en un extenso fallo, una definición o delimitación del inicio de la calidad de persona del ser humano para fines jurídicos y de paso efectúa algunas aseveraciones interesantes para los fines de esta tesis, al exponer en su considerando cincuenta y cinco que: “En este sentido, cabe observar que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales....Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6° del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es *“el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”* (las cursivas

²⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, archivo de sentencias, Información disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_349.doc (consulta mayo 2007)

pertenecen al fallo). Ha agregado, asimismo, que “*el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos*”. Luego a reglón seguido, en el considerando cincuenta y seis, en el esfuerzo de los sentenciadores por fundamentar en la doctrina, el criterio resolutivo de la sentencia expresan que: “Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona – incluyendo al *nasciturus*- el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, “*es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto*” (José Joaquín Ugarte Godoy. El derecho a la vida y la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Volumen 33, N° 33, 2006, p. 514 (cita contenida en el considerando).²⁹⁹

En resumen; de todo lo analizado es posible extraer algunas conclusiones, o si se quiere reflexiones

1.- Es evidente al ojo crítico que los fallos son insuficientes para el asentamiento de una doctrina sobre la materia que nos ocupa, (la factibilidad de disposición de la propia vida por su titular) aunque si es posible aseverar que los textos de las sentencias son capaces de desarrollar a cabalidad el contorno o lo medular del

²⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, archivo de sentencias, Información disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914> (consulta abril de 2008)

derecho a la vida; personalidad jurídica, nacimiento y muerte, (considerando la importancia que se le atribuye por el Tribunal en el sistema jurídico).-

2.- El Tribunal no deniega la competencia del Congreso para debatir, sobre los alcances de la definición de la vida y los modos de regular la muerte de los ciudadanos; ya sea estableciendo normas referentes a su delimitación jurídica como para el establecimiento de un sistema que otorgue la competencia indispensable que permita privar de la vida a los ciudadanos mediante la pena de muerte; siguiendo el adagio jurídico (o aforismo) quien esta autorizado para regular sobre el homicidio institucional punitivo, lo estará también para disponer sobre el suicidio asistido o el homicidio consentido.-

3.- El Tribunal Constitucional por otra parte confirma el principio, establecido por los tribunales ordinarios de que, el derecho a la vida y la integridad psíquica y física de las personas ocupa una posición preferente respecto de los demás derechos, demostrando, por el hecho de que se acepta una limitación a otras prerrogativas en su beneficio, como son, la violación a la libertad ambulatoria y al derecho de propiedad, tal como se aprecia en el caso del fallo sobre restricción a los vehículos catalíticos o para alterar el orden familiar contemplado como dogma en el artículo 1º y 19 nº 4 de la C.P.R. en el caso de las medidas de protección a menores amenazados, y aun mas allá, la referencia al profesor de derecho civil de la Universidad Católica de Chile, señor José Ugarte Godoy en cuanto que el derecho a la vida no puede ser suprimida o cercenada por su propio sujeto, inclinan aunque superficialmente, la balanza sobre un criterio probable del Tribunal frente al derecho

de destrucción o disposición de la vida por el titular. Cuestión o argumento que en definitiva y muy probablemente actuará como muro de contención y piedra de tope a la pretensión de liberalización sobre normas de la eutanasia.-

En definitiva, quedara latente la abierta y añeja contradicción que permite al sistema jurídico desde la Carta Fundamental, establecer la pena de muerte (por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado) y a reglón seguido interpretar que la vida es un bien jurídico que debe primar sobre cualquier otro derecho o consideración.

Hemos constatado, ya tantas veces en esta tesis, que la legislación chilena no contempla al suicidio asistido ni la eutanasia activa como figuras penales autónomas, de modo que en nuestro sistema se las asimila en la práctica a la figura del homicidio, lo que cuadra con la línea doctrinaria que asevera que la protección de la vida a ultranza “Es fruto de la civilización judeocristiana que ha inspirado toda nuestra legislación y ha sido recogida invariablemente por la Teología y el Derecho Natural, ya sea en sus corrientes tomistas o racionalistas”.³⁰⁰ Resabio tal vez, de la unidad política religiosa del siglo XIX; donde los conceptos sacramentales envuelven la concepción jurídica de la vida hasta el día de hoy. Esta contaminación, que impide en algunos sectores políticos nacionales siquiera un atisbo de análisis o discusión seria sobre la eutanasia, se constata en las reacciones legislativas como hemos apreciado, donde algunos visos de debate no tienen a la fecha de esta tesis mas de cinco años en el Congreso. Con todo la piedra angular y contexto o marco jurídico indiscutible lo constituirá el texto de la Constitución Política de la Republica;

³⁰⁰ Fallo citado en nº 111 (Gaceta Jurídica 50 Santiago, 1984, Págs. 76 -79)

la cual como sabemos, al enumerar los derechos humanos reconoce y garantiza en el número primero del artículo 19, "El derecho a la Vida" asegurándolo a todas las personas. Más allá del legítimo origen y aspectos históricos que son relevantes respecto de nuestra carta fundamental, es una certeza que hoy la reconocemos como la expresión del consenso de los miembros de la nación sobre una forma de Estado; valores y principios de vida en común. De lo señalado se concluye (o debemos aceptar) en primer término que el derecho a la vida colocado en un lugar de privilegio entre las garantías constitucionales y en la primera línea del título y artículo respectivo tiene una evidente primacía, pues al decir de algunos: "en la enumeración del artículo 19 de la Constitución no se hallan los derechos *dispuestos al azar*, sino que siguiendo un *orden determinado*, es decir, la *secuencia jerárquica* enunciada".³⁰¹

Pero por otro lado una reflexión también válida permite aseverar que, la Constitución no constituye a primeras luces un marco en el que la ciudadanía encuentre en la realidad "pautas de desenvolvimiento o áreas de cambio o modernización del pensamiento jurídico", sino que se presenta como una construcción puesta allí precisamente para que el pluralismo que sostiene y defiende no sea vulnerado, luego es una pauta férrea en que toda nueva concepción de la libertad, la vida u otra garantía, nazcan precisamente desde su edificio y nunca desde fuera como la mera conciencia popular, por razonables, prácticos o éticos que sean los fundamentos para una sentencia; costumbre jurídica

³⁰¹ CEA EGAÑA José Luis, "*Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales. Presentación y Estudio Introductorio*" Editado por Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1996, Pág. 59

o actuación administrativa; de allí que juega un rol fundamental la tarea de interpretar la Constitución Política.

Otra reflexión, la Constitución no es un hecho de la realidad científica – sino que es un dato – y como tal, puede dársele el sentido que un observador quiera o pueda obtener. Enseguida, al disponer un sentido para la norma constitucional no se hace otra cosa que leer lo que es bueno y adecuado para nuestro entorno en el idioma ético y práctico del momento. Por ende, es posible colegir que nada impide el surgimiento de lo que Angela Vivanco denomina los "nuevos derechos" constitucionales, que no son otra cosa que subproductos de derechos clásicamente reconocidos por las constituciones, de tal manera que se plantean como “fragmentaciones de estos o como productos de una interpretación muy individual de ellos”.³⁰²

En el sistema constitucional chileno sobre derechos humanos hemos constatado que en casos de pugna o colisión de derechos, si no es posible su conciliación, debemos admitir la idea de la jerarquía entre ellos, de allí el principio evidente de la primacía de la vida por sobre el de libertad de conciencia, por ejemplo; de tal modo que será una constante comprobable en nuestra jurisprudencia, como expone el profesor Enrique Evans de la Cuadra. “Que el enfermo tiene, también derecho a que se preserve su vida y, por tanto, a las técnicas médicas, sin que sea admisible ninguna forma de eutanasia”.³⁰³ De lo expuesto, sin embargo, usando el mismo criterio pero en sentido contrario, también es posible colegir que el interprete estará

³⁰² VIVANCO ANGELA; “*Bien Morir...*” ob cit.

³⁰³ EVANS DE LA CUADRA Enrique, “*Los Derechos Constitucionales*” Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1986. Tomo I, Pág. 13

dotado de la posibilidad de acudir a otro elemento o factor integrante de la declaración de principios de la carta fundamental, como es el antecedente de que se reconoce que las personas nacen libres e iguales en “dignidad y derechos”; pues, en función de las discusiones propias de las actas de la Comisión Redactora de la Constitución en especial en las de las sesiones 84, 87, 89,90, 93 y 94 se discutió arduamente a fin de que el concepto de vida estuviera integrado a las nociones de libertad y dignidad; ello en palabras del memorista Oscar Toledo Sepúlveda en el texto “El Suicidio Asistido Posibilidad de Regulación Jurídica”,³⁰⁴ abre una posibilidad interesante de desarrollo hermenéutico, pues permite replantear la visión indiscutida hasta el momento de la supremacía de vida de modo inexorable y al ultranza, despojada de una noción de dignidad; cuestión que sin desacreditar el texto constitucional permitiría argumentar sobre la noción de vida y muerte en dignidad; respetándose de este modo aquel principio ya reclamado por los Testigos de Jehová, sobre ese aspecto del deber contenido en el artículo primero de la carta fundamental, en orden a que el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.. No obstante esta declamación, la realidad jurídica es por ahora, férrea en orden a impedir toda posibilidad a un concepto de muerte digna, mediante la eutanasia activa, lo que también, en el contexto del elemento histórico de interpretación queda de manifiesto cuando en la sesión número 84 de 4 de noviembre de 1974 la Comisión

³⁰⁴ TOLEDO SEPÚLVEDA Oscar; “*El suicidio asistido, posibilidad de regulación jurídica*”; Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales – Facultad de Derecho Universidad de Talca, 2003, Pág. 93.-

Redactora precisó que “el solo hecho de consagrar el derecho a la vida determina que la eutanasia no es posible”.³⁰⁵

TOMA DE POSTURA Y ANÁLISIS CRÍTICO

El año 1927 un oficial chileno mató de un tiro al cadete, a fin de salvarle de una muerte horrenda en el escenario del descarrilamiento e incendio del tren en la histórica tragedia de Alpacatal. Luís Jiménez de Asúa asevera que no se impuso pena alguna a dicho oficial. Pareciera por tanto que terminar con el sufrimiento de un joven moribundo y sin escapatoria, liberándole mediante un disparo de la atrocidad del dolor y el sin sentido de una inútil agonía, en nada puede distanciarse de la situación de quienes a fin de concluir un proceso clínico sin destino, doloroso e indigno, piden un final en paz a sus días. Es posible que nos impresione de sobremanera que alguien invoque a la muerte como un bien, pero en nuestra vida y con los años aprendimos en general, no sólo a no temerle a la muerte, sino más bien a temer a una vida sin dignidad. Es curioso como el temor parece ser, como señala Roxin, el parámetro y fundamento de las posturas de quienes favorecen o rechazan la idea de la eutanasia activa o directa;

Veamos en primer término el repertorio de temores de los médicos y funcionarios eclesiásticos frente a la eutanasia activa:

³⁰⁵ TOLEDO SEPÚLVEDA Oscar; “*idem*”, pág. 93.-

a) El compromiso de una actividad curativa del médico: la eutanasia erosiona el papel y el prestigio del médico, de allí que el Código de Ética del Gremio disponga que el respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico y que el médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna. Por cierto, los médicos no deben atentar o hacer daño a sus pacientes cuestión que es la piedra angular de la confianza en que la sociedad se basa para colocar la vida, la intimidad y la integridad de los integrantes en sus manos.-

b) La posibilidad de una admisión indiscriminada de estas conductas. No sólo siendo extremistas, como lo hace Roxin al recordar el programa eutanásico del sistema nacionalsocialista, sino reconociendo, la seriedad del argumento de la mal llamada pendiente resbaladiza, basados en la premisa de que, declarándose un derecho a la muerte, no obstante los límites iniciales que se impongan, esos marcos regulatorios tienden a ceder frente a presiones sociales o individuales, de modo que en principio se le otorgará ese derecho a los moribundos pero inmediatamente lo requerirán las personas que, sin estar muriendo, aleguen que llevan una vida indigna, sufren y son infelices (como fuera el caso de Ramon Sampedro) ya que el sufrimiento mental y emocional tiene por cierto, un correlato fisiológico.-

c) La presión sobre los más vulnerables. En principio, a la eutanasia activa solo tendrán acceso los moribundos que manifiesten una voluntad libre, seria, informada

y sin coacciones, pero enseguida se pasará por decisión familiar o social, a otorgar esta medida a personas incompetentes, retrasadas o seniles y en éste último segmento, es claro que las personas mayores necesitadas de atenciones diarias se verán así mismo como una carga y se sentirán presionadas por sus familias agobiados por la agonía lenta y larga, por los administradores de servicios de salud que deben velar por los costos y el uso de los medios a fin de destinarlo a personas que sean viables, y por los médicos que no puedan combatir más contra una enfermedad crónica y persistente. En fin, la presión será fuerte para la gente mas pobre y desprotegida socialmente los que percibirán que deben quitarse del medio.-

d) La actitud contradictoria. Cómo se explica que un ciudadano se manifieste en contra de la pena de muerte; argumente asimismo, en contra del aborto y de la guerra o de los excesos de los sistemas policiales o de seguridad interna usados contra la población civil y a su vez pretenda promover el derecho a morir y a matar (lo que desde un sencillo y desprolijo análisis moral es malo).-

Otro argumento en contra del derecho de la eutanasia activa es la inseguridad jurídica, motivada en que, ni siquiera los mismos defensores de tales opciones normativas ofrecen soluciones concretas que conjuren los peligros jurídicos implícitos para la actividad médica.-

No se debe olvidar en este listado que la eutanasia activa pierde terreno si desaparecen los motivos para una petición de muerte anticipada bajo terapias paliativas del dolor adecuadas, lo que sumado a un acompañamiento humanitario y psicológico afectivo permiten una solución, si bien, mas compleja, pero alternativa y

adecuada frente a un camino aparentemente más sencillo como es otorgar la eutanasia al paciente.

Sin embargo, tenemos que apreciar el contenido en el otro plato de la balanza, esto es, las argumentaciones fundadas en el sentido de reconocer la autonomía y dignidad del ser humano, como lo expresa una famosa declaración de los premios Nóbel J. Monod, L. Pauling y G. Thompson los que, en relación con el tema plantean: "Es cruel y bárbaro exigir que una persona sea mantenida en vida contra su voluntad rehusándole la liberación que ella desea 'dulcemente, fácilmente' cuando su vida ha perdido toda dignidad, belleza, significado, perspectivas de futuro".³⁰⁶

La autonomía, como se dicho una y otra vez es el argumento recurrente y no menor a la hora de exigir la participación del paciente en los procesos que le atañen y el derecho a tomar y adoptar decisiones que inclusive abarcan su forma de vivir y de terminar con la propia vida; y las declaraciones éticas referentes a la relativización de la vida, su cosificación y la entrega de la misma a la ética individual no pueden contrarrestar simples axiomas como el que expuso un bien logrado personaje del celuloide, al decir en contra de la premisa de que la libertad que elimina la vida no

³⁰⁶ En revista The Humanist Edición, Julio- agosto 1974, en que 40 personalidades de la ciencia y la cultura suscriben un manifiesto de apoyo a la eutanasia, citados por FLECHA ANDRÉS José-Román, "**Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos**". Separata de Revista Española de Derecho Canónico. Vol. 45 N° 124. Enero-junio 1988, Salamanca, España, 1989, Págs. 12 y 13 – Otra cita al mismo documento expresa que: "Es inmoral, tolerar o imponer el sufrimiento. Creemos en el valor y en la dignidad del individuo. Esto implica que se le trate con respeto y se le deje libre para poder decidir razonablemente sobre su propia suerte, es necesario proporcionar medios para morir *dulcemente, fácilmente* a aquellos que sufren un mal incurable o lesiones irremediables y han llegado al último estadio. Es cruel exigir que una persona sea mantenida en vida contra su voluntad, todo individuo tiene el derecho de vivir con dignidad y morir con dignidad". PEREZ VALERA Victor, "**Eutanasia? Piedad? Delito?**" Editorial JUS S.A. de C.V. México D.F. 1989 pag 75

es libertad; responde en un simple juego de palabras “que la vida que elimina la libertad no es vida”.³⁰⁷

Evitar el sufrimiento; seguirá siendo la premisa; pero frente a situaciones cuando todo falla, la eutanasia es pues, el último, excepcional, razonable y ético de los medios, claro está que, aun hoy y a pesar de los avances de la medicina los cuidados paliativos no resuelven todas las situaciones y es curioso notar como lo hace el profesor Octavi Quintana que en Holanda el dolor no es la causa principal para solicitar la eutanasia.³⁰⁸

En definitiva; La eutanasia activa requiere de una regulación, porque, aún tratándose de una situación que afecte a una ínfima parte de la población, su ocurrencia no se puede descartar; de hecho, se practica en los establecimientos hospitalarios y asistenciales chilenos, cuestión que sólo se podrá corroborar mediante cifras negras y de datos, que a su vez, únicamente pueden ser obtenidos a través de la revelación íntima de profesionales de la salud que consideran al Código de Ética un buen manual y consejero, pero impracticable en algunos aspectos, en que la realidad es un argumento formidable y en que el dolor; el sufrimiento y la noción de deber y humanidad, conducen a nuestros médicos a adelantar la muerte de un ser humano en consideración precisamente a su férrea convicción del deber. Pues, sabemos que los médicos curan y alivian y la muerte por cierto fue; es y será un método a veces, inexorable, de alivio al dolor. La

³⁰⁷ AMENÁBAR Alejandro, Libreto del personaje Ramón Sampedro, interpretado por Javier Bardem en el film español “Mar Adentro”

³⁰⁸ QUINTANA TRIAS Octavi; “*Perspectivas Político-Legislativas sobre la Eutanasia*”; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003 pag. 50

pendiente resbaladiza no existe o no tiene un correlato científico; se trata de un típico argumento de terror fundado en la tesis de que al colocar en manos de la sociedad una herramienta de libertad o de derecho se hará uso de ella en forma indiscriminada, lo que es erróneo, primero porque no existen en palabras del profesor Quintana, datos en una sociedad como la Holandesa en que la eutanasia activa está regulada, en que se constaten casos de presión sobre los más débiles y prueba de ello es que en las residencias de ancianos es donde menos demandas de eutanasia existen, mientras que la mayoría se pide en el domicilio del paciente al médico de cabecera, es decir de confianza del propio paciente.³⁰⁹ Recordemos entre nosotros, que para impedir la dictación de una ley de divorcio en Chile, se argumentó también acerca de la pendiente resbaladiza, sin que a la fecha se haya demostrado que el número de fracasos matrimoniales hubiese aumentado producto de la modernización de las normas de disolución del vínculo, es más, nadie ha demostrado que la calidad de vida de los chilenos fuera mejor a causa de la existencia de una normativa que restringía esa posibilidad, en fin, tal vez no sean precisamente los más pobres, y carentes de medios los que en definitiva requieran de la eutanasia activa.-

En definitiva, ser partidario de la eutanasia activa en nada tiene que ser contradictorio con ser partidario de la vida; creer que se debe ser fundamentalista a ultranza en la protección de este bien jurídico debiera llevar a extremos tales, como la eliminación de la eximente penal de dar muerte a un delincuente por causa legítima defensa.-

³⁰⁹ QUINTANA TRIAS Octavi; idem

Las propuestas de los legisladores en orden a establecer sistemas y métodos de aplicación de la eutanasia activa en Chile merecen ser analizados, discutidos y aprobados en definitiva, con todos los resguardos que se quiera, en la medida que no haga ilusoria su aplicación; bajo la certeza de que conociendo nuestro sistema, sólo se podría mejorar la situación actual que pone a los médicos en un terreno difícil y cada vez mas complejo, atendido el extraño fenómeno del explosivo aumento de demandas judiciales de pacientes y de sus familiares, argumentándose posibles negligencias.

Un buen sistema regulado e informado dará seguridad al sistema médico y entregará herramientas de dignidad y autonomía al paciente. Probablemente cualquiera de nosotros, el día de mañana, si el destino así lo determina, podamos disponer mediante ese procedimiento el fin de nuestra existencia libre, informada y sensatamente.-

Propuesta final y Conclusión

Todo lo reseñado en la presente tesis, nos da cuenta de lo extraordinariamente complejo que es en la actualidad y que será en el futuro cercano la posibilidad de regular la eutanasia activa. Lo conveniente es destacar que en Chile no se hace necesaria ninguna regulación de los fenómenos de la eutanasia pasiva ni la eutanasia indirecta y comenzar a discutir sobre estas figuras probablemente sólo afectaría la relativa paz que existe en la doctrina y en el sistema médico sobre su procedencia como una garantía a favor de los pacientes. Pero, por ahora, una regulación adecuada a la que se aspira por los jueces; médicos y pacientes no puede en nuestro país ser esperada con prontitud, ni por su complejidad, podrá dar

conformidad a todos los sectores; no obstante, reitero mi convicción de que la figura merece ser regulada, pero siempre para casos justificados, esto es, la puerta debe permanecer cerrada para personas o grupos de presión, cuya motivación en acceder a la muerte a ruego sea poco seria, y no levanto esta contención o limitante por razones de moralidad o basados en el sentimiento ético social o preponderancia de la función garantista del Estado; (por cuanto a estas alturas sabemos que disponer de la propia vida es un acto íntimo en que el cuerpo social no debe intervenir) sino por que siempre subsiste el deber de proteger al débil frente a móviles banales o argumentaciones de ligereza o razones fundamentalmente precarias y revocables.- Un principio fundamental que se debe considerar en esta materia es la búsqueda y el respeto de la voluntad real y seria (basada en antecedentes irrefutables) desechando la demanda del insustancial, del depresivo o psicológicamente inestable. Es por ello que considero que al huelguista de hambre bajo convicción absoluta o al Testigo de Jehová se les debe permitir morir si tales convicciones (bajo la mirada exhaustiva del tribunal, en su caso) son profundas y dicen relación con las creencias arraigadas del ciudadano, pues tal conducta y su consecuencia no daña al cuerpo social ni puede horadar el sistema jurídico ni democrático y, sin embargo, para otros debe usarse el parámetro propio de análisis de todo acto jurídico; es decir, analizar si la voluntad del interesado atraviesa el cedazo de los requisitos de existencia y validez a la luz de los vicios generales del consentimiento.-

No obstante lo dicho anteriormente, válido como una profesión de fe y postura a la que adhiero, creo que por ahora cualquier apertura del sistema deberá, en principio,

avocarse al enfermo terminal, es decir a aquel que sufre de una enfermedad grave, dolorosa e incurable, cuyas posibilidades de existencia solo pueda medirse en meses.

Alternativas de regulación de la eutanasia activa:

1.- Una vía posible es permitir que, por ahora, la práctica sea la que vaya forzando la realidad; tal como lo propone la corriente del historicismo jurídico (de la Escuela Histórica del Derecho) en que se plantea que éste no nace del Estado si no del alma del pueblo (Friedrich Karl von Savigny), la Ley recoge al derecho ya creado previamente a través de la costumbre, luego la Ley se subordina a la costumbre. Fuente reveladora de la norma, es entonces ésta conciencia popular, (el derecho nace en base a estos antecedentes de hecho); así es como la tesista Blanca Bórquez Polloni lo propone al expresar que: “La solución más sensata invita a ir creando costumbre, a conformar la práctica médica, a dejar actuar los grupos interdisciplinarios y a hacer que los comités de ética, que ya se han establecido normativamente, adquieran una forma real en los servicios y centros de salud” Pareciera que la tesis no está desvinculada de nuestra realidad, por ello, es que se invita a ser cauteloso y resolver el conflicto a través de la fuerza de un área o campo diverso que el normativo.³¹⁰

2.- Otra vía adecuada y rápida de despenalización de la eutanasia activa como lo propone el diputado Juan Bustos Ramírez en su proyecto de Ley, es obtener una

³¹⁰ BORQUEZ POLLONI B. “*Eutanasia consideraciones..*” ob cit. pag 291 -

excusa mediante el expediente de la autorización legislativa expresa, a la conducta eutanásica directa.³¹¹

3.- En lo personal, preferiría acudir a la solución alemana de despenalizar la colaboración al suicidio, especialmente con fines eutanásicos, lo que guardaría correspondencia con el hecho de que se trataría, en estos casos, de una colaboración punible sobre un hecho principal impune como se ha criticado. De allí que toda actuación médica y o de un particular de colaborar en la finalización anticipada de los días de una persona enferma o moribunda carecería de pena y bastaría para evitar los excesos o probables abusos, mantener la figura que recomienda el Foro Penal, pero en orden sólo a sancionar la instigación e inducción al suicidio fuera de los móviles piadosos. Ello con el fin de castigar a quien aprovechándose de la depresión, debilidad mental, ligereza de carácter o carencia de libertad y autonomía de otro ciudadano le presiona y convence a darse muerte. En este caso, además, a mi juicio deben aplicarse las penas propias del homicidio del actual Código Penal o en su momento las penas similares que se proponen en el anteproyecto del Foro Penal. Sin embargo y como advierto, tratándose de la colaboración prestada a un tercero en virtud de una decisión capaz, libre y

³¹¹ Recuérdese conforme se ha analizado en el capítulo VI, punto 6.2.3 de esta tesis, que el profesor Juan Bustos es partidario de sustituir el artículo 393 del C.P. por el siguiente texto:

Art. 393. El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma será castigado con pena de presidio mayor en su grado mínimo.

El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo

El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.

Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida.

El supuesto al que se refiere los incisos anteriores no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el título VI del Código Sanitario y se lo haya comunicado a la comisión ética de comprobación

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistema de Tramitación de Proyectos - Información Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (consulta septiembre 2007)

autónoma, el derecho penal debe entender que no guarda relevancia para el fin social de protección del bien jurídico imponer sanción alguna. Todo lo anterior con un agregado algo complejo y diferenciador del sistema alemán, y es que matar a otro en virtud de la petición seria y reiterada del occiso deba considerarse e interpretarse como auxilio al suicidio y no una variante de homicidio, ya sea piadoso o a ruego, como suele adjetivarse, en los casos en que el sujeto pasivo esté aquejado de una enfermedad mortal en su fase final. Para este homicidio piadoso eutanásico comparto el criterio de Jakobs al señalar que: “Al Estado no le incumbe en nada la manera en que el peticionario llegue al fin de su vida: nadie tiene por qué dejarse imponer la renuncia a aceptar la ayuda de otro, por el hecho de que también podría alcanzar su meta él mismo”.³¹²

De este modo la formula propuesta por el suscrito se redacta modificando el actual artículo 393 del Código Penal del siguiente modo:

Art. 393.- El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado medio.

El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si la inducción o auxilio se hiciera en perjuicio de persona incapaz o cuya capacidad de comprensión o discernimiento este disminuida o contra el inductor o auxiliador que actúa por motivos no piadosos. Se penará además la tentativa.

³¹² JAKOBS G. *Sobre el suicidio* ob cit . pag 29

Para los efectos de este artículo, se considerará que presta auxilio a otro para su suicidio, quien por motivos de piedad, colabora ejecutando directamente la muerte en virtud de súplicas reiteradas, serias y acreditadas de una víctima que padece una enfermedad, grave, dolorosa e incurable.-

Probablemente, esta solución arriba propuesta y que a mi juicio, insisto, constituye la solución más conveniente; sea resistida en nuestro medio. No obstante; de acogerse alguno de los proyectos pendientes en el Congreso es recomendable, tratándose de pacientes en estado terminal y para la colaboración en su muerte piadosa, asegurar, ya sea para esta figura u otra, que:

- a) Los Comité de Ética fiscalicen que los pacientes hayan tenido acceso a los cuidados paliativos a fin de bajar la tasa de eutanasia a la indispensable;
- b) Cuidar mediante diagnóstico psicológico, las facultades mentales del paciente y la carencia de una depresión o presión indebida del entorno, en cuanto a su seriedad y profundidad de su decisión;
- c) Comprobar la calidad del tratamiento y si se han agotado las alternativas terapéuticas;
- d) Verificar en un tiempo razonable atendido el estado de sufrimiento o agonía del paciente si se mantiene su decisión;
- e) Limitar el acceso a este derecho (muerte piadosa impune) para pacientes en estado terminal, quienes sufran graves padecimientos físicos o psicológicos;
- f) Proveer los mecanismos para acreditar que el consentimiento del paciente ha sido otorgado de modo consciente, informado y voluntario; por él o sus

representantes y el Comité de Ética, tratándose de personas sin consciencia, inmaduras o aquejadas de limitaciones mentales (síndrome de down o alzheimer etc.) ya que éstas también deben tener la posibilidad de eludir una agonía dolorosa e inútil, a través del actuar piadoso de su familia y del sistema.-

Es decir, construir una maraña de regulaciones que, evidentemente, complejizarán la materia, pero que serán parte de la discusión y el precio irremediable a fin de lograr en definitiva un cuerpo normativo que sea capaz de diluir en parte los temores de quienes rechazan el reconocimiento de la eutanasia activa como un derecho más de los ciudadanos chilenos.-

BIBLIOGRAFIA

- ALVEAR TÉLLEZ Julio / FABREGA VEGA Hugo, “**Análisis Crítico del Proyecto de Ley Sobre Eutanasia y Sus Antecedentes Legislativos**” en Actualidad Jurídica, La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Universidad del Desarrollo, Año 7, no. 14, Facultad de Derecho. Santiago, 2006.
- BACIGALUPO ZAPATER Enrique, “**El Consentimiento en los Delitos Contra la Vida y la Integridad Física**” en Poder Judicial, N° Especial, XII Madrid, 1989-1990.
- BACON Francis, “**Novum Organum**” (1616) Editorial Sarpe, Colección Grandes Pensadores. Madrid, 1984.
- BANDA VERGARA Alfonso; “**Consideraciones sobre trasplante de órganos y Derecho a la Vida**”, en Revista de Derecho; Universidad de Valdivia Volumen 8 N° 1 Valdivia 1997; págs. 19-60
- BENADAVA Santiago, “**Las Relaciones Entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos**” en Nuevos Enfoques del Derecho Internacional, Coordinación Avelino León Steffans, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- BORQUEZ POLLONI, Blanca, “**Eutanasia, consideraciones que se deben tener presente al momento de legislar**” Memoria de Prueba, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, Santiago, 2001.
- BULNES A. Luz “**El Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución de 1980**”, G.J. N° 295 2005

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “**Lecciones de Derecho Penal**”. 1ª edición. Editorial TROTTA, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMIREZ Juan, “**Manual de Derecho Penal. Parte Especial**” Ediciones Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

BUSTOS RAMIREZ Juan; “**Imputación Objetiva y Bien Jurídico**”, en Revista La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Editorial Ius Poenale, Buenos Aires, 2001. Disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Bustos2.pdf>.

CARBONELL MATEU Juan Carlos - Varios Autores, “**Derecho Penal, Parte Especial**”, Segunda Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

CARRASCO DELGADO Sergio, “**Constitución Política de 1980. Finalidad y Aplicación. Notas Sobre el Derecho a la Vida y Su Protección**” en Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, año 1 N° 1; Editorial Librotecnia Universidad de Talca; Santiago, 2001.

CEA EGAÑA José Luis, “**Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales**”, Presentación y Estudio Introductoria, Editado por Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1996.

COBO DEL ROSAL – CARBONELL MATEU, “**Derecho Penal, Parte especial**”, obra colectiva, Segunda edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.

COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON, “**Derecho Penal, Parte General**”, 2ª. Edición (completa), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987.

COUSIÑO MAC IVER Luis, “**Breve Curso de Medicina**”, Editado por Talleres del Politécnico de Menores, San Bernardo Chile, 1942.

COUSIÑO MAC IVER Luis, "**Derecho Penal Chileno**", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

CURY URZUA Enrique, "**Derecho Penal, Parte General**" Séptima Edición ampliada, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

CUMPLIDO CERECEDA Francisco, "**Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos**" en Nuevas Dimensiones de la Protección del Individuo, Instituto de Estudios Internacionales; Universidad de Chile, Santiago, 1991.

DE RIVACOBA Y RIVACOBA Manuel, "**Nuevo Sentido de la Protección Penal de la Vida Humana**", en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, año 1, número 3, Santiago de Chile, 2001,

DE RIVACOBA Y RIVACOBA Manuel, "**Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana**", en la Revista "Doctrina Penal", Buenos Aires, año 12, números 46/47, abril-septiembre, Editorial Depalma, 1989.

DRANE James, "**Eutanasia y Suicidio Asistido en Las Culturas Antigua y Contemporánea**", en Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas, Barcelona, 2003.

ETCHEBERRY Alfredo, "**Tipos Penales Aplicables a la Actividad Médica**", en Revista Chilena de Derecho, Vol 13 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986.

ETCHEVERRY Alfredo, "**Derecho Penal**", Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tercera Edición, 2001 (4 Tomos).-

EVANS DE LA CUADRA Enrique, “**Los Derechos Constitucionales**”, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1986.

FLECHA ANDRÉS José-Román, “**Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos**”, Separata de Revista Española de Derecho Canónico. Vol. 45 N° 124. Enero-junio 1988, Salamanca, España, 1989,

GARAY OPAZO O. “**Limites al Procedimiento Salvador en la Constitución**” Gaceta Jurídica N° 253 – 2001.

GASCÓN AVELLÁN Marina, “**¿De Que Estamos Hablando Cuando Hablamos de Eutanasia?**” Revista Humanitas, Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003.

GARRIDO MONTT Mario, “**Derecho Penal**”, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005 (4 Tomos).

GARRIDO MONTT Mario, “**El Homicidio y Sus Figuras Penales**”, Segunda Edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000.

HUME David, “**Sobre el Suicidio, En: Sobre el Suicidio y Otros Ensayos**”; Editorial Alianza; Madrid, 1988.

IGLESIAS M. “**Aborto Eutanasia y Fecundación Artificial**”, DUX Ediciones S.A., Barcelona, 1958.-

JAKOBS Günther, “**Sobre el Injusto del Suicidio y del Homicidio a Petición**”; traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Ancinetti; Ed. Universidad Externado de Colombia; Bogotá, 1996.

JESCHECK Hans Heinrich; “**Tratado de Derecho Penal Parte General**”; 5º Edición, Editorial Comares, Granada, 1988,

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, “**Libertad de Amar y Derecho a Morir**” Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.

JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “**Tratado de Derecho Penal**”, tomo IV, 3ª. Editorial Losada, Buenos Aires, 1976.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “**Derecho Penal Español, Parte Especial**”, 17ª. Ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Madrid, Dykinson, 1994.

JUAN PABLO II, “**Evangelium Vital**”, Carta Encíclica sobre el Valor y el Carácter Inviolable de la Vida Humana, Ediciones San Pablo, Santiago, 1995

JUANATEY DORADO Carmen, “**Notas Históricas sobre el Suicidio y la Eutanasia**”; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003.-

KANT E. “**La Metafísica de las costumbres**”, (Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho) Alianza Editorial, Madrid, 1989.-

KUNSEMULLER Carlos, “**Responsabilidad Penal del Acto Médico**”; Revista Chilena de Derecho, Vol 13 N° 2; Editorial Pontifica Universidad Católica de Chile; Santiago, 1986.

LEÓN Francisco - ARRATIA Alejandrina; “**El Debate Actual Sobre la Legalización de la Eutanasia**”; Revista Ars Medica, Vol 12 N° 12; Editorial Pontifica Universidad Católica de Chile; Santiago, 2006.

MIR PUIG Santiago, “**Derecho Penal, Parte General**”, Séptima Edición, Editorial B. de F., Montevideo - Buenos Aires, 2004.

MIR PUIG Santiago, **“Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Métodos”**; Catapulta Editores, Madrid, 2002.

MIR PUIG Santiago, **“Introducción a las Bases del Derecho Penal, Concepto y Métodos”**, Catapulta Editores, Madrid, 2002.

MUÑAGORRI LAGUÍA Ignacio; **“Eutanasia y Derecho Penal”** Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

NÁQUIRA RIVEROS Luís, **“Derecho Penal, Teoría del Delito”**, Editorial Mc Graw-Hill, Santiago, 1998.

NIÑO, Luis Fernando, **“Eutanasia Morir Con Dignidad (Consecuencias Jurídico Penales)”**; Editorial Universidad, Buenos Aires. 1994.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, **“El Derecho a la Vida en el Ordenamiento Jurídico Chileno”**, en Gaceta Jurídica, N° 207, 1997.

NOVOA MONREAL Eduardo, **“Curso de Derecho Penal Chileno”**, Tercera Edición, Parte General, tomo I; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

NUÑEZ PAZ Miguel Ángel, **“La Buena Muerte”** El derecho a Morir con Dignidad; Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

PEREZ VALERA Victor, **“Eutanasia? Piedad? Delito?”** Editorial JUS S.A. de C.V. México D.F. 1989.

PASCUAL LÓPEZ Antonio, **“Cuidados Paliativos”**; Revista Humanitas Humanidades Medicas, Volumen 1 N° 1; enero marzo 2003; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Medicas; Barcelona, 2003.

POLITOFF Sergio, MATUS Jean Pierre, RAMÍREZ María Cecilia, **“Lecciones de Derecho Penal Chileno”**, Parte Especial, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006.

POLITOFF LIFSCHITS Sergio - ORTIZ QUIROGA Luis, “**Texto y Comentario del Código Penal Chileno**”, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

POLITOFF Sergio, GRISOLIA Francisco, BUSTOS Juan, “**Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos Contra el Individuo en sus Condiciones Físicas**”, Segunda Edición, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2006.

QUERALT JIMENEZ, Joan, “**Derecho Penal Español, Parte Especial**”, 1ª Edición, Editorial Atelier, Barcelona, 2002.

RETAMALES P. Avelino, “**Lecciones que dejan los paciente adultos que rechazan las transfusiones de sangre a partir de la doctrina de nuestros tribunales**” Revista Ius Publicam, Universidad Santo Tomas, Santiago, Septiembre de 2003, Vol. VI N° XI

RETAMALES P. Avelino; “**Autonomía del Paciente: Ejemplo de los Testigos de Jehová**”; Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, Volumen 71 N° 4; Editorial Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, Santiago, 2006.

RODRIGUEZ DEVESA José Maria; “**Derecho Penal Español, Parte Especial**”, 17ª. Edición (revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez) Editorial Dykinson, Madrid 1994

ROXIN Claus, “**Derecho Penal, Parte General**” Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

SALFATE Sandra – VIO Víctor, “**La eutanasia en el derecho chileno y en el derecho comparado**” Memoria de Prueba, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2001.

SERRANO GOMEZ Alfonso, **“Derecho Penal, Parte Especial”**, 4ª Edición, con la colaboración de Alfonso Serrano Maíllo, Editorial Dykinson, Madrid 1999

SILVA BASCUÑAN Alejandro, **“Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios, Estado y Gobierno”**. 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

SOTO KLOSS Eduardo, **“Derecho a la Vida y Recurso de Protección”**, Revista Derecho y Jurisprudencia. Tomo 81, año 1984, primera parte, sección derecho.

STUART MILL John; **“Sobre la Libertad”**, (traducción de Pablo Azcárate) Alianza Editorial, Madrid, 2001

TEKE SCHLICHT Alberto; **“El Acto del Médico Como Fuente de Responsabilidad Penal”**; Revista Chilena de Derecho, Vol 13 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986.

TOLEDO SEPÚLVEDA Oscar; **“El suicidio asistido, posibilidad de regulación jurídica”**, Memoria de Prueba, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales - Universidad de Talca, Talca, 2003.

TOMAS VALIENTE Carmen, **“La Regulación de la Eutanasia Voluntaria en el Ordenamiento Jurídico Español y en el Derecho Comparado”**, Revista Humanitas, Humanidades Médicas, Vol 1 N° 1; Editorial Fundación Medicina y Humanidades Médicas, Barcelona, 2003.

TORTORA ARAVENA Hugo; **“El Derecho a la Vida en la Jurisprudencia Constitucional: Aproximación al Análisis de su Delimitación, Limitación y Justificación”**; Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, año 3 N° 2; Editorial Librotecnia, Universidad de Talca, Santiago, 2005.

TREJO MATURANA Carlos; **“La Responsabilidad Etica en el Ejercicio de la Medicina”**; Revista Chilena de Derecho, Vol 13 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986.

VERDUGO M. Mario, PFEFFER U. Emilio, NOGUEIRA A. Humberto, **“Derecho Constitucional”**, Editorial Jurídica, Tomo I, Santiago, 1999.

VIDAL Marciano, **“Eutanasia un Reto a la Conciencia”** Editorial San Pablo, Madrid, 1994.

VITAL DE ALMEIDA Ricardo; **“El Consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito”** Ed. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho, Granada, septiembre de 2006

VIVANCO MARTÍNEZ, Angela, **“La Eutanasia Ante el Derecho; Definición y Penalización de la Conducta Eutanasica”**; Revista Ars Medica, Vol 12 N° 12; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.

VIVANCO MARTÍNEZ, Angela; **“Bien Morir: Análisis Crítico de Jurisprudencia Constitucional y Penal”**; Revista Ars Medica, Vol 2 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000.

ZAFFARONI Eugenio Raul; **“Manual de Derecho Penal, Parte General”**. Editorial EDIAR, Primera Edición, Buenos Aires, 2005.

Documentos:

1.- **“¿Debe una sociedad liberal penalizar la eutanasia?: consideraciones en torno al argumento de la autonomía de la voluntad”** Editorial, Revista de

Derecho / Universidad Católica de la Santísima Concepción. (Concepción, Chile). No. 9. 2001.

2.- COMISION FORO PENAL, SECRETARIA TECNICA, "**Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General**" Elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto - disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_2.pdf

3.- MINISTERIO DE SALUD, GOBIERNO DE CHILE; "**Alivio del Dolor Por Cáncer Avanzado y Cuidado Paliativos**"; Protocolo AUGE; documento de trabajo 23/12/2003 disponible en: <http://www.minsal.cl/ici/prauge2004/aliviodeldolorycuidadospaliativos.pdf>.-

4.- RIOS ARENALDI Jaime; "**El Consentimiento en Materia Penal**"; tesis para optar al grado de magíster; en Revista Electrónica del Centro de Estudio de Derecho Penal de la Universidad de Talca. N°1, 2006. texto disponible en : http://www.politicacriminal.cl/Revista_Electronica_Politica_Criminal/1_2006.htm

5.- VIAL CORREA, Juan, "**Eutanasia y Medicina**"; Revista Ars Medica, disponible en: <http://escuela.med.puc.cl/publ/ArsMedica/ArsMedica12/IndiceArsMedica12.html>

6.- ROXIN Claus; "**Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia**"; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, texto disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html

7.- Autores Varios. "**Historia de la Eutanasia**". FERNÁNDEZ Sergio, LÓPEZ Eloy, PASQUALI Cecilia, RONDOLINO Marcelo, TERRAGNO Jorge disponible en: <http://www.avizora.com/temasquequeman/eutanasia/0003historiaeutanasia.htm>

- 8.- TOMAS MORO **“Utopía”** Capitulo relativo a Los Esclavos; texto disponible en versión electrónica en: <http://www.ucm.es/info/bas/utopia/html/moro.htm>.
- 9.- SAN AGUSTIN, **“La Ciudad de Dios”**, Capitulo Primero párrafos 20 y 31; disponible en versión electrónica en: <http://www.iglesiareformada.com/AgustinCiudad1.html>
- 10.- MARTINEZ Enrique – SANCHEZ Salanova **“Cine y Eutanasia”**: “Mar Adentro; Johnny tomo su fusil; Millón Dólar Baby; Mi Vida es Mia, El Sabor de las cerezas; Cuando el Destino Nos Alcance” disponible en: <http://www.uhu.es/cine.educacion/cineeducacion/cineutanasia.htm>
- 11.- Sagrada Congregación Para La Doctrina de la Fe; **“Declaración “Iura et Bona” sobre la eutanasia”**: Disponible en: http://www.vatican.va/romancuria/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc19800505euthanasiasp.html
- 12.- COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA; **“Ley Foral sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica”**. disponible en: <http://www.bcn.cl/carpetatemas/temasportada.2005-10-26.2007572137/pdf/ley11Navarra2003.pdf>
- 13.- VIVANCO MARTÍNEZ Angela; **“La Autonomía de la Persona Frente al Derecho a la Vida No Incluye el Derecho a Ser Muerto por un Tercero: La Solicitud de Asistencia al Suicidio y el Caso de Diane Pretty”** en *Acta bioeth.* [online]. 2002, vol.8, no.2, p.299-313 disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1726--X2002000200010&lng=en&nrm=iso>.
- [ISSN 1726-569X](#)

- 14.- BUSTOS Juan – ROSSI Fulvio; “**Proyecto de Ley que Establece Regulación Legal de la Eutanasia**”; Boletín 4201-11, disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?4201-11
- 15.- BAJO FERNÁNDEZ Miguel “**Disponibilidad de el Propia Vida**”; artículo electrónico disponible en <http://www.miguelbajo.com/publicacion/normal/DisponibilidadPropiaVida.pdf>
- 16.- MEDINA Graciela – SENRA Laura; “**Aspectos Legales de la Eutanasia**”; en Revista UBA: Encrucijada n° 34; agosto de 2005, disponible en: <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000197.pdf>
- 17.- FARIAS Gisela “**Eutanasia No Voluntaria a propósito del caso de Terry Schiavo**”: disponible en revista electrónica <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0172.pdf>

TEXTOS LEGALES:

CÓDIGOS DE LA REPUBLICA DE CHILE: PENAL Y SANITARIO -
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

ANEXO NUMERO UNO: LEGISLACIONES COMPARADAS

País: Uruguay

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio piadoso a Ruego art. 37	causal de impunidad	Sujeto activo honorable – bajo suplicas reiteradas
Inducción – Auxilio al suicidio art. 315	6 meses a 6 años	Que la muerte se produzca

País: Cuba

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 266	2 a 5 años	Basta la mera actividad

País: Brasil

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 122	2 a 6 años	Si la muerte se produce
	1 a 3 años	Si resultan lesiones graves

País: Argentina

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 83	1 a 4 años	Requiere tentativa o consumación

País: Chile

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Auxilio al suicidio art. 393	541 días a 5 años	Que la muerte se produzca

País: Perú

Figura del Código Penal	Penas (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio piadoso art. 112	hasta tres años	Enfermo incurable bajo dolores intolerables que solicita la muerte de manera expresa y consciente
Inducción – Auxilio al suicidio art. 113	1 a 4 años	Requiere tentativa o consumación

País: Ecuador

Figura del Código Penal	Penas (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 454	1 a 4 años multa 50 a 500 sucres	Requiere tentativa o consumación

País: Venezuela

Figura del Código Penal	Penas (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 414	7 a 10 años	Que la muerte se produzca

País: Colombia

Figura del Código Penal	Penas (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio piadoso art. 326	6 meses a 3 años	Finalizar intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable
Inducción – Auxilio al suicidio art. 327	2 a 6 años	Que la muerte se produzca

País: Costa Rica

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio piadoso art. 116	6 meses a 3 años	Beneficiar a enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste
Inducción – Auxilio al suicidio art. 115	2 a 5 años	Si la muerte se produce
	6 meses a 3 años	Si resultan lesiones graves

País: El Salvador

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio piadoso art. 130	1 a 5 años	Que la víctima se encontrare en un estado de desesperación por sufrimientos observables, que exista vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo y ruegos reiterados y expresos de éste
Inducción – Auxilio al suicidio art. 131	2 a 5 años	Que la muerte se produzca

País: México

Figura del Código Penal	pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 312	1 a 5 años	Basta la mera actividad
	4 a 3 12 años	Si el sujeto activo es quien ejecuta la muerte

País: España

Figura del Código Penal	pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio a ruego art. 143.4	de 6 meses a 2 años en la formula de auxilio al suicidio (143.2) y de 6 meses a 6 años por eutanasia (143.3)	Petición expresa seria e inequívoca ante una víctima con enfermedad grave mortal o con graves padecimientos, permanentes y difíciles de soportar
Inducción – Auxilio y Ejecución de suicidio art. 143.1-2-3	4 a 8 años	Basta inducción
	2 a 5 años	Cooperación con actos necesarios
	6 a 10 años	Cooperación consiste en ejecutar la muerte

País: Portugal

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio a ruego art. 134	hasta tres años	Ruegos serios reiterados y expresos de la víctima (la tentativa es punible)
Inducción – Auxilio al suicidio art. 135	hasta tres años	Requiere tentativa o consumación

País: Francia

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción al suicidio art. 223 -13	3 años mas multa de 450.000 euros	Requiere tentativa o consumación
	5 años mas multa de 750.000 euros .	Si el sujeto pasivo es menor de 15 años

País: Italia

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio a ruego art. 579	6 a 15 años	Se trate de persona mayor de edad, conciente y ante el pedido del sujeto pasivo
Inducción y ayuda al suicidio art.580	5 a 12 años	Si la muerte se produce
	1 a 5 años	Si resultan lesiones graves o gravísimas de la tentativa

País: Alemania

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio a ruego art. 216	6 meses a 5 años	El sujeto pasivo solicita la muerte de manera expresa y seria

País: Inglaterra

Figura en Suicide Acts 1961	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción y ayuda al suicidio sección 2	hasta 14 años	Basta la mera actividad

País: Holanda

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio a ruego art. 293	hasta doce años o (alternativa) multa de la categoría 5ª	Ruegos expresos de la víctima

	es impune	En los supuestos cometidos por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el artículo dos de la Ley sobre “Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio”, y se lo haya comunicado al forense conforme al artículo 7 párrafo segundo de la Ley reguladora de los funerales
Auxilio al suicidio art. 294	hasta tres años (alternativa) multa de la categoría 4ª	Requiere que la muerte se produzca

País: Suiza

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Homicidio a ruego art. 114	hasta tres años o multa	Ruegos serios y reiterados de la víctima (motivación piadosa del sujeto activo)
Inducción – Auxilio al suicidio art. 115	hasta cinco años o multa	Requiere tentativa o consumación y motivos egoístas de parte del sujeto activo

País: Canadá

Figura del Código Penal	Pena (privativa de libertad)	Condición de procedencia
Inducción – Auxilio al suicidio art. 241 criminal code	hasta 14 años	Requiere tentativa o consumación

ANEXO NUMERO DOS: JURISPRUDENCIA COMPARADA**CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES SOBRE EUTANASIA ACTIVA (JURISPRUDENCIA COMPARADA)**

PAIS	CASO	TRIBUNAL	TIPO DE RECURSO	DOCTRINA
Colombia	Parra – Parra (1998)	Tribunal Constitucional	Acción Publica de inaplicabilidad	El homicidio piadoso no es antijurídico – declara inconstitucional el art. 326 del C.P. de 1980, en que se castiga el homicidio piadoso en la medida que el fallecido fuese un enfermo terminal que hubiera solicitado su muerte de forma seria.-
EE. UU.	Washington versus Glucksberg (1997)	Suprema Corte (federal)	Demanda de inconstitucionalidad (de la norma que sanciona el auxilio al suicidio)	La legislación del Estado de Washington que prohíbe la asistencia al suicidio no se opone a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.-
EE.UU.	Quill versus Vacco (1997)	Suprema Corte (federal)	Demanda de inconstitucionalidad (de la norma que sanciona el auxilio al suicidio)	Es un derecho del paciente rehusar tratamientos médicos que interfieren en sus decisiones prioritarias, pero no existe derecho y aun más, se penaliza por las leyes de la mayoría de los Estados asistir a otro para que se suicide

EE.UU.	Caso Jack Kevorkian (1999)	Tribunal de jurado de condado de Pontiac - Michigan	Juicio por homicidio	La asistencia al suicidio constituye homicidio en segundo grado
Inglaterra	Pretty v. Director of Public Prosecutions (2002)	Cámara de Los Lores – confirmada por la Corte Europea de Derechos Humanos	Demanda de inmunidad para asistencia al suicidio	La convención de Europea de Derechos Humanos no permite inferir un derecho para morir de manos de un tercero
España	Caso Ramón Sampredo (1993)	Juzgado de Primera Instancia y Audiencia Provincial de Barcelona	Autorización judicial para obtener muerte asistida	El poder judicial carece de competencia para regular el derecho a la eutanasia activa jurídicamente tipificada en el Código Penal
Canadá	Caso Sue Rodríguez (1993)	Suprema Corte (Columbia Británica)	Demanda de inconstitucionalidad	La sección 241 (b) del <i>Criminal Code</i> que castiga el suicidio asistido no puede considerarse arbitraria o injusta de acuerdo con los valores fundamentales de la sociedad
Canadá	Caso Latimer (2005)	Suprema Corte (Columbia Británica)	Apelación en caso de homicidio	El homicidio piadoso es punible como homicidio en segundo grado

CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES SOBRE EUTANASIA PASIVA (JURISPRUDENCIA COMPARADA)

PAIS	CASO	TRIBUNAL	TIPO DE RECURSO	DOCTRINA
Canadá	Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec (1992)	Suprema Corte (Quebec)	Solicitud judicial de desconexión a instrumental vital para el paciente	Tribunal autoriza la desconexión del ventilador argumentando que prima el derecho a autodeterminación
EE.UU.	Caso Karen Quinlan (1976)	Tribunal Supremo Nueva Jersey	Solicitud judicial de desconexión a instrumental vital para el paciente (por terceros)	El Tribunal autoriza la desconexión en virtud de la voluntad presunta y el derecho a morir con dignidad de la paciente
EE.UU.	Caso Nancy Cruzan(1990)	Suprema Corte (federal)	Solicitud judicial de desconexión a instrumental vital para el paciente (por terceros)	La Corte Suprema sostuvo existe el derecho de los pacientes a rechazar tratamientos médicos - pero no se autoriza en este caso por no existir evidencias de la voluntad de la paciente
EE.UU.	Caso Terry Schiavo (2005)	Tribunal del condado de Pinellas - Florida	Solicitud judicial de desconexión a instrumental vital para el paciente (por terceros)	El Tribunal autoriza la desconexión de la paciente en virtud de su voluntad presunta

Inglaterra	Caso Tony Bland (1993)	Cámara de Los Lores	Solicitud judicial de desconexión a instrumental vital para el paciente (por terceros)	El tribunal autoriza la desconexión en atención a la dignidad y al sufrimiento que el estado vegetativo representaba para el paciente
Argentina	Caso Bahamondez (1993)	Corte Suprema	Recurso de inconstitucionalidad	Voto de minoría: no resulta constitucionalmente justificada una resolución judicial que autoriza a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad