



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES Y
CRIMINOLOGÍA.

EI “BUEN MORIR” DESDE LA PERSPECTIVA DEL
DERECHO PENAL.

Análisis legislativo y consideraciones relevantes.

Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y
Sociales.

CONSTANZA CAMILA ESPINOZA PÉREZ.

ANA MARÍA VALDIVIA NAYÁN.

PROFESOR GUÍA: FELIPE ABBOTT MATUS.

Santiago de Chile, 2014.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....P. 6

CAPÍTULO I. -

CONCEPTO DE MUERTE.

1. La existencia de la muerte natural.....P.12

2. Principales criterios de determinación de la muerte.....P.18

3. Identificación de los problemas asociados al debate sobre.....P.28
la muerte.

CAPÍTULO II. –

LA MUERTE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA ACTUAL.

1. Tratamiento del tema en la legislación chilena actualmente....P.33
vigente.
2. Problemas que plantea la actual legislación chilena en torno...P.37
al criterio de determinación de la muerte.
3. Consideraciones frente a la muerte cerebral.....P.41

CAPÍTULO III. –

LA DECISIÓN DE MORIR.

1. La libertad de decisión del Ser Humano como.....P.52
ente autónomo.

2. Morir como Decisión propia. Determinación de.....P.60
Dejar de vivir.
3. ¿Vida Propia como Bien Jurídico Disponible?.....P.64
4. El derecho a morir en conflicto con el.....P. 72
derecho a la vida.

CAPITULO IV.-

MORIR CON INTERVENCIÓN DE TERCERO.

1. Morir con Intervención de un tercero. Tipo Penal.....P.78
de auxilio o inducción al suicidio.
2. Cuidados Paliativos. En particular Ley 20.584.....P. 111
3. Testamento Vital e Instrucciones de no resucitación.....P.119
o sobrevida artificial dejadas en vida.

CAPÍTULO V.-

CONCLUSIONES.....P.126

BIBLIOGRAFÍA.....P.134

AGRADECIMIENTOS.

En primer lugar, quisiéramos agradecer a nuestras familias y amigos quienes con su compañía y consejo hicieron de esta travesía menos compleja de lo esperado.

Además agradecemos a nuestro profesor guía Felipe Abbott Matus, por todo el apoyo brindado durante este proceso.

Finalmente agradecemos en particular a Nataly Tiare Bravo Soto, por su invaluable aporte en el desarrollo de esta memoria.

INTRODUCCIÓN.

La muerte ha sido uno de los grandes misterios de la humanidad desde sus inicios. La constatación empírica de que todo ser vivo cumple un ciclo y muere, ha llevado al ser humano a desarrollar una serie de creencias, muchas veces ligadas a lo mágico, con la intención de entender este usualmente incomprensible fenómeno. El hecho de que la muerte sea inevitable para todos, lleva a que el tema no pueda serle indiferente a nadie.

Con el correr del tiempo, y junto con el progreso del pensamiento científico, la muerte ha pasado a ser comprendida como un proceso biológico que constituye el fin del ciclo vital. Sin embargo, hasta el día de hoy, la definición de lo que debe entenderse como muerte no es del todo pacífica. Esto dice relación con los diversos aspectos prácticos y éticos asociados a ella.

En primer lugar, la pregunta acerca de cuándo termina la vida es relevante para una serie de situaciones prácticas. Una que presenta sus propias dificultades pero que depende de esta interrogante, es la referida a

la donación y trasplante de órganos. ¿En qué momento se pueden extraer? La respuesta más lógica parece ser una vez “muerto” el donante. En consecuencia, se debe resolver primero la cuestión: ¿cuándo consideramos muerto al donante? Luego, se presenta el problema de la sepultación del cadáver. Para hacerlo, es necesario saber con certeza que se produjo el deceso. A su vez, y plenamente vinculado con lo anterior, también permitirá establecer desde cuándo se constata a nivel jurídico la muerte de una persona, a través del certificado de defunción. No debe olvidarse que la muerte tiene una serie de efectos civiles en materia sucesoria.

En segundo lugar, el criterio de determinación de la muerte es muy importante desde el punto de vista ético. El más evidente se da nuevamente en torno a la donación de órganos. Adoptar una u otra solución va a redundar inevitablemente en este sentido. El criterio incide en la viabilidad de los órganos para el trasplante, pues según el que se siga, la muerte se adelanta o se retrasa. A esto se vinculan íntimamente las reflexiones relativas a la dignidad del paciente bajo el paradigma kantiano de considerar a la persona como fin en sí mismo y no como un medio -en este caso, para salvar la vida de otro ser humano que goza de igual dignidad-. En

el mismo sentido, surge razonablemente la duda de si, en algunos casos, la adopción de un criterio determinado relativo a la muerte no implica en la práctica “matar” al paciente, ya sea para aprovechar sus órganos, como para ahorrarle gastos a la familia o distribuir de otro modo los recursos hospitalarios.

A todo lo anterior se debe agregar que para parte importante de la sociedad, la muerte tiene una connotación negativa. Aún cuando para algunos no sea así, la muerte de un ser humano suele tener diversas consecuencias afectivas para su entorno y relaciones. Esta consideración de la naturaleza social de nuestra especie afecta inevitablemente la postura del profesional médico frente a la muerte de un paciente.

Por todos estos motivos, el criterio aceptado para el diagnóstico tanatológico es de suma relevancia, y a través de esta memoria se procurará dilucidar cuál es la situación actual de nuestro país frente a este tema, y las orientaciones que debiese seguir el debate al respecto, ya que si bien la muerte, es la etapa final de nuestras vidas como seres humanos, y es transversal a todos los seres vivientes del planeta, ¿qué sucede cuando ésta

se produce de forma extremadamente dolorosa y agónica? ¿Es necesario esperar a que se termine de forma natural o se puede interrumpir el proceso acortando el sufrimiento de la persona que se encuentra en estado terminal?

Como seres humanos contamos con el derecho a la vida, ¿sucede esto también con nuestro derecho a morir? La dignidad es inherente a la vida humana y por lo tanto también es parte fundamental en la última etapa de la persona.

La sociedad humana, en su mayoría, es temerosa de la muerte, ya que la enfrenta como el final, y se presenta de manera inevitable y desconocida. Es cuando vemos la muerte “en el otro” cuando reflexionamos de la vulnerabilidad y fragilidad de nuestra existencia, este miedo que nos provoca la muerte, debería llevarnos a aceptar las limitaciones inherentes a nuestra condición, lo que nos llevaría a afrontar de manera más armoniosa nuestro plan vital.

Así, como seres individuales e irrepetibles y capaces de raciocinio y sentimientos, podemos manejar nuestra libertad de decisión, ya que aunque no podemos decidir “cuándo morir” si podemos, elegir “cómo morir”.

La ciencia como fuerza transformadora de cambio social sitúa a la sociedad ante un conjunto de enigmas y dilemas valorativos, ésta situación se puede denominar como “socialización de la naturaleza”¹ expresión que hace referencia al hechos de que ciertos fenómenos que antes eran “naturales”, o que venían dados por la naturaleza ahora tienen un carácter social, es decir, que dependen de nuestras propias decisiones. En relación con el poder médico, esto es aún más latente, ya que cuando las sociedades contemporáneas se comienzan a caracterizan por el poder y el control de la natalidad, la fecundidad *in vitro*, la posibilidad de elegir el sexo; es muy probable que el control médico se vaya caracterizando por el control y el poder de los individuos de elegir el momento de desprenderse de su cuerpo: de decidir la hora de su muerte². Pues cuando nuestros cuerpos son cuerpos

¹GIDDENS, Anthony. Sociología. Madrid (1998)
<http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/anthony_giddens_-_sociologia.pdf>
[consulta: Mayo 2014], p.77.

² MARTÍNEZ BARREIRO, Ana, La construcción social del cuerpo en las sociedades contemporáneas, Papers: revista de sociología N°73, 2004, p. 145.

para las relaciones, el individuo no quiere estar o ser prisionero de su propio cuerpo, sino que quiere librarse de su propio cuerpo, como es el caso de los enfermos terminales y los tetraplégicos.

Nos adentraremos a continuación en el debate y profundización de temas como la conceptualización de la muerte y su debida dignidad o el Derecho a Morir.

CAPÍTULO I: CONCEPTO DE MUERTE.

1. LA EXISTENCIA DE LA “MUERTE NATURAL”.

Una de las principales aristas de este problema es la discusión acerca de la existencia de una denominada “muerte natural”. ¿Se presenta biológicamente, o se trata de un concepto netamente cultural, y por tanto, susceptible de evolución a lo largo del tiempo?

Los avances de la medicina explican que la determinación de la muerte presente variaciones a lo largo del tiempo. A medida que el progreso de la biología ha permitido conocer en mayor detalle la anatomía y funcionamiento del cuerpo humano, la praxis médica ha evolucionado en cuanto a su perspectiva del diagnóstico tanatológico. Dado que el organismo del ser humano presenta tantas peculiaridades, y el avance de la ciencia nunca deja de hacer descubrimientos, la discusión respecto a la muerte podría ser, paradójicamente, eterna. Esto se explica no sólo por la evolución en la manera de entender el funcionamiento de nuestro cuerpo y el conocimiento de nuevas estructuras y componentes con mayor detalle,

sino además por la aparición de nuevas formas de prolongar artificialmente la vida.

El profesor español Diego Gracia, considerado un experto en bioética, trata este tema en una de sus obras reconociendo cómo el concepto de muerte ha sido un tema de preocupación desde la Antigüedad. Esto ha ido asociado con las diferencias en el modo de entender el cuerpo humano por parte de los médicos a lo largo de la historia.

Así, en la antigua Grecia, la muerte radica “en la pérdida del espíritu que llaman vital, y que tiene su sede en el corazón. De ahí que la muerte se haya hecho coincidir tradicionalmente con la ausencia del pulso cardíaco y respiración espontánea. La muerte cardíaca es la muerte natural.”³ Sin embargo, ya desde esta época se reconocían otros signos asociados a la vida, lo que determina el entendimiento del ser humano vivo constituido por tres espíritus, identificados como natural, vital y espiritual: “El ser humano sintetizaba en su naturaleza la integración de tres tipos de funciones: 1) Las funciones naturales o vegetativas (nutrición, crecimiento, reproducción),

³ GRACIA, Diego. Determinación del momento de la muerte. Consecuencias éticas. En su: Ética de los confines de la vida. Bogotá, Editorial El Búho, 1998. p. 334.

con sede en el abdomen, 2) Las funciones vitales o animales (pulso y respiración), radicadas en el tórax, y 3) Las funciones intelectivas o espirituales (pensamiento y voluntad), con sede en el cráneo.”⁴ Ya en esta época, se admitía que había más de una forma de comprender que se produjo el deceso. “La tesis de Galeno es que el proceso de morir puede seguir dos vías distintas: una ascendente, que comienza por la pérdida del espíritu vital (muerte cardiorrespiratoria) y termina por la pérdida del espíritu intelectual (muerte cerebral); y otra descendente, que comienza por la pérdida del espíritu intelectual y finaliza con la parada cardiorrespiratoria.”⁵

A su vez, para los judíos, la muerte se determinaba por medio del cese de la función respiratoria.⁶

Tal teoría es recogida durante la época medieval, y vuelve a cobrar importancia gracias a Xavier Bichat, médico francés de fines del siglo

⁴ FLORES H, Juan Carlos; PEREZ F, Manuel; THAMBO B, Sergio and VALDIVIESO D, Andrés. Muerte encefálica bioética y trasplante de órganos. [en línea]. Revista médica de Chile. Vol.132, nº1, 2004, p. 110 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872004000100016&lng=en&nrm=iso>. [consulta: mayo de 2014]

⁵ GRACIA, Diego. Op. cit., p. 334.

⁶ Cf. FLORES H, Juan Carlos; et. al. Op. cit., p. 110.

XVIII. A través de sus estudios, el doctor concluye que la muerte natural es la cardiorrespiratoria. Sin embargo, distingue la existencia de una muerte que denomina accidental en que “primero muere el corazón y luego el cerebro.”⁷

Durante la segunda mitad del siglo XIX, los estudios relativos al sistema nervioso central llevan a interesantes resultados. “Entonces se estableció el principio de que la muerte sigue el camino contrario a la vida, y que por tanto primero muere el neocéfalo y después el paleocéfalo, responsable de las funciones automáticas de los núcleos de la base y el sistema vegetativo.”⁸ Esta distinción también cobra importancia muchos años después, para la creación de propuestas alternativas a la comprensión tradicional de la muerte cerebral.

El profesor Gracia considera que el punto de quiebre surge a partir de la obra de dos contemporáneos de Bichat: Jean Jacques Bruhier y Jacques Bénigne Winslow. Ambos cuestionan que haya posibilidad de diagnosticar certeramente la muerte. “La tesis de Winslow es que la llamada muerte

⁷ GRACIA, Diego. Op. cit., p. 335.

⁸ *Ibíd.*, p. 335.

natural no lo es tanto, y que la verdadera muerte no acontece más que con la descomposición del cuerpo orgánico.”⁹

El Grupo de Estudios Sobre Muerte Encefálica de las Sociedades Chilenas de Nefrología y de Trasplante coincide en asignar a la teoría de los tejidos un papel fundamental dentro de esta problemática: “De acuerdo a ella el cuerpo humano está constituido por muchos diferentes tipos de tejidos, cada uno con su propia vitalidad y capacidad de respuesta a estímulos. En el ser humano, la muerte de cada órgano y tejido es un proceso asincrónico que puede durar días o semanas. Se plantea la cuestión del ¿cómo distinguir entre la muerte de un organismo individual complejo de las diversas partes que lo componen?”¹⁰

Más adelante, el profesor Gracia agrega: “La muerte cardiopulmonar es sólo premonitoria. De ahí que se hayan dado casos de parada cardiorrespiratoria en sujetos que no estaban muertos. Y de ahí que las

⁹ *Ibíd.*, p. 336.

¹⁰ FLORES H., Juan Carlos; et. al., p. 110.

legislaciones empezaran a exigir un tiempo precautorio de veinticuatro horas, antes del enterramiento del cadáver.”¹¹

La justificación del profesor Gracia no deja de ser interesante. Como él refiere, “ninguna sociedad ha podido asistir nunca impasible al espectáculo de la descomposición del cuerpo de sus seres queridos, y siempre ha buscado signos previos, que permitiera enterrar cadáveres cuando aún no se hallaban en estado de putrefacción. Estos signos, sin duda, pueden hallarse. Los de la muerte cardiopulmonar fueron unos. Otros, los de la muerte cerebral, entendiendo por tal la de todo el cerebro, incluido el tronco cerebral. Pero hay otros posibles.”¹²

Finalmente, de acuerdo a la posición del profesor Gracia, “no hay muerte natural. Toda muerte es cultural. Y los criterios de muerte también lo son. Es el hombre el que dice qué es vida y qué es muerte. Y puede ir cambiando su definición de estos términos con el paso del tiempo.”¹³ La historia del concepto de muerte, revisada a grandes rasgos a través de estas

¹¹ GRACIA, Diego. Op. cit., p. 336.

¹² *Ibíd.*, p. 336.

¹³ *Ibíd.*, p. 337.

páginas, parece acorde con esta conclusión. Lo más trascendente, sin embargo, es la constatación de que más allá de que se logre un acuerdo acerca de lo que debe entenderse por muerte natural, la discusión respecto a lo que concebimos como muerte probablemente nunca termine.

2. PRINCIPALES CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA MUERTE.

Existen básicamente dos formas ampliamente reconocidas de establecer el momento del deceso: por medio del paro cardiorrespiratorio, o por la muerte cerebral, también llamada encefálica.

Previamente hay que hacer una aclaración. El Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago explica: “En clínica, el diagnóstico de muerte se hace al comprobar signos negativos de vida y no signos positivos de muerte, toda vez que éstos son más tardíos y, si se esperara su aparición para diagnosticar la muerte, se crearía una serie de

problemas de orden higiénico y epidemiológico.”¹⁴ Los signos positivos de muerte a los que se alude son principalmente el algor mortis, el rigor mortis, el livor mortis y la deshidratación; todo lo cual culmina con la putrefacción del cadáver.¹⁵ Sin duda éste es un factor importante a tomar en cuenta.

La forma tradicional de determinar la muerte es a través del paro cardiorrespiratorio. “Es el criterio clásico o tradicional, utilizado desde tiempos inmemoriales. Se define como la cesación permanente del flujo de los fluidos corporales vitales, que se comprueba mediante la detención irreversible de la función cardíaca y respiratoria. El cese aislado de cualquiera de las dos funciones conlleva el cese de la otra e inevitablemente sigue el cese de la actividad encefálica”.¹⁶

El destacado profesor Carlos María Romeo Casabona, sostiene: “Los avances de la Medicina han puesto de nuevo en una situación incómoda al Derecho, que hasta hace unos años no tenía dificultades en determinar

¹⁴ ECHEVERRIA B, Carlos; et al. Diagnóstico de Muerte. [en línea]. Revista médica de Chile. Vol.132,nº1,2004.p.97<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872004000100015 > [consulta: mayo de 2014].

¹⁵ Cf. *Ibíd.*, p. 98.

¹⁶ FLORES H., Juan Carlos; et. al., *Op. cit.*, p. 112.

cuándo una persona había muerto, basándose en la paralización de la circulación sanguínea y de la respiración, si no quería esperarse a la manifestación de los inequívocos signos de putrefacción cadavérica”¹⁷. La incomodidad a la cual el profesor hace referencia surge a mediados del siglo XX, con la propuesta del criterio de la muerte encefálica.

“La muerte encefálica se define como la abolición total e irreversible de la función de todo el cerebro, incluyendo el tronco cerebral.”¹⁸ El criterio de la muerte cerebral hace su aparición ante la comunidad científica en la década de 1960. El punto de partida está en el trabajo de los doctores Mollaret y Goulon, quienes identificaron cierto estado de los pacientes al que denominaron “coma sobrepasado”. Los médicos “hicieron exclusivamente una asociación temporal entre la aparición de signos que demostraban un daño cerebral de máxima gravedad y la aparición ulterior de muerte por paro cardiorrespiratorio.”¹⁹ A su vez, el desarrollo de las Unidades de Cuidados Intensivos y la ventilación mecánica permitió crear

¹⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. El final de la vida humana. En su: El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 161.

¹⁸ FLORES H., Juan Carlos; et. al. Op. cit., p. 113.

¹⁹ ECHEVERRÍA B., Carlos; et. al. Op. cit., p. 98.

la noción de “coma irreversible”, dado que “un subgrupo de estos pacientes no mostraban signos de recuperación de la función encefálica y, en lapsos variables de tiempo, sufrían un paro cardíaco.”²⁰ “Surgió entonces la necesidad de determinar claramente la diferencia entre las lesiones totales e irreversibles del encéfalo (cerebro y tronco cerebral) y las lesiones también irreversibles pero no totales del encéfalo. La frontera entre la vida y la muerte, el punto de no retorno, tuvo que ser definido con toda precisión.”²¹

Finalmente, en 1968, un comité interdisciplinario de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard “hizo equivalente, por primera vez, los términos de muerte encefálica y muerte del individuo total”.²² El coma irreversible se transforma en la muerte cerebral.

Los doctores Martínez-Lage explican esta verdadera revolución: “La parada cardíaca, la desaparición del pulso y de la respiración, se consideraban por sí mismos criterios diagnósticos válidos del estado de muerte. Desde entonces, muchos pacientes que se hubieran dicho que

²⁰ *Ibíd.*, p. 99.

²¹ MARTÍNEZ-LAGE P. y Martínez-Lage J.M. *Op. cit.*, p. 408.

²² ECHEVERRÍA B., Carlos; et. al. *Op. cit.*, p. 99.

estaban muertos, hoy no muestran los signos de parada respiratoria y cardíaca gracias al empleo de técnicas de reanimación, crucialmente gracias al empleo de máquinas de respiración controlada. Sin embargo, en ellos se produjo ya el fallo o parada cerebral irreversible”.²³ Por lo tanto, puede estimarse que han fallecido.

Gradualmente a lo largo de todo el mundo, se fue adoptando el criterio de la muerte cerebral en las legislaciones relativas a donación y trasplante de órganos. Sin embargo, los diversos países han fijado requisitos distintos para certificar la concurrencia de esta circunstancia. La forma original y más popular es el llamado Protocolo de Harvard, el que tiene cuatro requisitos, que son, fundamentalmente: 1) coma profundo, 2) ausencia de respiración y movimientos voluntarios por al menos una hora, 3) ausencia de reflejos, 4) presencia de electroencefalograma plano.²⁴ Se observa que la mayoría de los países europeos han modificado estas exigencias: agregando o restando requisitos, sustituyendo exámenes, etc.²⁵

²³ MARTÍNEZ-LAGE P. y Martínez-Lage J.M. Op. cit., p. 407.

²⁴ Cf. ECHEVERRÍA B. Carlos; et. al. Op. cit., p. 99.

²⁵ Cf. *Ibíd.*, p. 99.

Nuestro país reguló la materia a través del Reglamento de la Ley 19.451 siendo muy cercano al Protocolo de Harvard.

Dentro del campo de la medicina han surgido diversas voces que presentan reparos acerca de la adopción de la muerte encefálica como criterio principal e irrefutable para acreditar el fallecimiento de una persona. De este modo, aparecen varias propuestas que aseguran ser más precisas desde el punto de vista biológico en la determinación de la muerte. La aplicación de estas soluciones alternativas llevaría consigo importantes consecuencias, como se verá a continuación.

Una alternativa que para algunos es más bien una variación del criterio de la muerte cerebral, y es el que se refiere a la muerte del tronco encefálico. Esta posición surgió durante la década de 1970 en Minnesota, Estados Unidos, de la mano de Mohandas y Chou, y se recoge en el Código del Reino Unido. “Los británicos, frente a los norteamericanos, definieron la muerte cerebral (*brain death*) en términos de muerte del tronco cerebral (*brain stem death*). Posteriormente, igualaron el concepto de muerte del tronco cerebral con el de muerte de la persona, en razón de facilitar la

donación para el trasplante de órganos.”²⁶ “Estos criterios de tronco hacen énfasis en la ausencia de reflejos troncoencefálicos y son muy estrictos en definir el test de apnea. El electroencefalograma sería una prueba irrelevante de acuerdo a estos criterios, ya que no aportaría ninguna información mayor que la evaluación clínica.”²⁷ Varios estudios posteriores comprueban que “la parte esencial del cerebro que debe estar totalmente lesionada para poder sentar el diagnóstico neurológico de la muerte es el tronco cerebral y que tanto el coma (aconsciencia) como el cese funcional cortical son secundarios a la anulación del tronco cerebral.”²⁸

Vinculado al anterior, se presenta el denominado criterio del cerebro superior, propuesto por Christopher Pallis. Parte de la base de que “el análisis de la muerte debería centrarse en la pérdida irreversible de aquello que caracterizaría la vida del hombre como humano y no como organismo.”²⁹ Asocia lo anterior con la función respiratoria y la capacidad de conciencia. Al ser éstas funciones troncoencefálicas, aboga por la muerte del tronco encefálico como criterio de determinación del fin de la vida. Se

²⁶ MARTÍNEZ-LAGE P. y Martínez-Lage J.M. Op. cit., p. 412.

²⁷ FLORES H., Juan Carlos; et. al. Op. cit., p. 113.

²⁸ MARTÍNEZ-LAGE P. y Martínez-Lage J.M. Op. cit., p. 413.

²⁹ ECHEVERRÍA B. Carlos; et. al. Op. cit., p. 104.

le critica de partir sobre una premisa incorrecta, a saber, atribuir al tronco encefálico todos los aspectos del funcionamiento de la conciencia.³⁰

Otra propuesta, bastante discutida, es la de la muerte de la neocorteza cerebral, también llamada de la corteza superior, o estado vegetativo persistente. Esta es una de las posiciones alternativas más radicales, pues sus efectos prácticos son bastante considerables. Fue postulada por Bartlett y Younger a fines de la década de 1980. “Proponen dividir el encéfalo en el “cerebro inferior” (principalmente el troncoencéfalo) y el “cerebro superior” (hemisferios cerebrales y fundamentalmente la corteza cerebral) y afirman que lo que es propio de la naturaleza humana se pierde irremediablemente cuando se produce el cese irreversible del funcionamiento del neocortex.”³¹ Se considera que la condición de ser humano vivo está dada por la existencia de conciencia. “El ejemplo paradigmático de este tipo de muerte es el denominado estado vegetativo persistente, caracterizado por la destrucción completa e irreversible de la corteza cerebral, sede de las facultades llamadas superiores, y la

³⁰ Cf. *Ibíd.*, p. 104.

³¹ *Ibíd.*, p. 104.

persistencia de las funciones puramente vegetativas y vitales.”³² Se acusa a esta posición de dar por sentados ciertas hipótesis no plenamente verificadas. El estado vegetativo persistente aún abre una serie de interrogantes que no permiten conclusiones absolutas respecto de él. A su vez, apelar a la conciencia introduce otros elementos a la discusión, básicamente, consideraciones de índole psicológica.

Fuera de la discusión biológica en cuanto al criterio de la neocorteza cerebral, su adopción acarrea una serie de dilemas éticos. El profesor Gracia se refiere al tema: “Se trata de una situación auténticamente curiosa, más aún, desconcertante. Estos enfermos no cumplen los criterios de muerte cerebral ni los de muerte cardiopulmonar. Por tanto, hay que considerarles vivos. Por otra parte, su conciencia está perdida de modo irreversible, y su expectativa de vida es en la mayoría de los casos muy superior a los seis meses o al año, con lo cual tampoco puede considerárseles terminales. Esto quiere decir que deben ser incluidos en la categoría de los enfermos crónicos no terminales.”³³ Habría un deber de tratamiento en base al principio de no maleficencia. Por ende, surgiría incluso la obligación de

³² FLORES H. Juan Carlos; et. al. Op. cit., p. 113.

³³ GRACIA, Diego. Op. Cit., p. 341.

reanimar a un paciente de estas características. El profesor Gracia opta por considerar a estos individuos dentro del concepto de muerte cerebral, pero reconoce las dificultades: “¿Quién se atrevería, se dice, a enterrar a estos pacientes, que tienen los ojos abiertos, duermen y se despiertan y les late el corazón? Sin duda que nadie. Pero el hecho de que no debamos enterrarlos no quiere decir que estén vivos. De hecho, la situación es muy similar a la de la parada cardiorrespiratoria, o a la de la propia muerte cerebral. En el primero de los casos hacemos un diagnóstico de muerte, pero que no nos da derecho a enterrar al sujeto antes de veinticuatro horas. Y en el segundo hacemos también un diagnóstico de muerte, pero que tampoco permite el enterramiento hasta que no se produzca la parada cardíaca.”³⁴

Existen otros enfoques que se centran más en definiciones antropológicas que en la caracterización de una “sintomatología” que permita considerar muerto al individuo. Éstas se refieren más bien a la ausencia de funciones cerebrales importantes para la vida: “son la racionalidad, la conciencia, la identidad personal y la interacción social”³⁵.

³⁴ *Ibíd.*, p. 342.

³⁵ ECHEVERRÍA B., Carlos; et. al. *Op. cit.*, p. 104.

Uno de los principales problemas de estas propuestas son las discrepancias entre los propios profesionales médicos respecto a la asignación de determinados fenómenos al cese de las funciones de ciertas estructuras anatómicas. Mientras no se supere tal dificultad, parece lejana la posibilidad de hacer primar un criterio distinto a la muerte cerebral en las legislaciones a lo largo del mundo.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS ASOCIADOS AL DEBATE SOBRE LA MUERTE.

La discusión respecto a la muerte presenta la dificultad de la combinación de varias perspectivas de análisis del tema. Así se ha reconocido por la literatura especializada: “Cuando se enfrenta el tema de la muerte, gran parte de la confusión se produce por la falta de una separación rigurosa y una formulación ordenada de tres elementos distintos: 1) La definición de muerte; 2) Los criterios para determinar que ella ha ocurrido; y 3) Los medios para probar que los criterios han sido satisfechos.”³⁶

³⁶ FLORES H., Juan Carlos; et. al. Op. cit., p. 112.

En este sentido, no hay que soslayar lo que señalan los doctores Pablo y José Manuel Martínez-Lage: “A diferencia del concepto de enfermedad, el concepto de muerte no puede determinarse exclusivamente por criterios médicos. Si bien es importante separar las esferas de la Medicina y la Filosofía, ninguna de ellas puede permitirse el lujo de ignorar sus respectivas contribuciones.”³⁷ Acto seguido, agregan: “Se entiende que, cualquier cambio en la definición del concepto de muerte, trae consigo cambios correspondientes en los criterios y pruebas diagnósticas del estado de muerte. Estos criterios sólo pueden tener un verdadero significado si derivan de un concepto apropiado unívoco e inequívoco.”³⁸

Los especialistas chilenos de las Sociedades de Nefrología y de Trasplante indican: “La definición de muerte se pregunta por el “qué”, a un nivel básicamente conceptual, abstracto y filosófico, que no sirve en la práctica para determinar si un individuo ha muerto.”³⁹ Algunos autores estiman que “la muerte debe ser definida como la pérdida irreversible de la

³⁷ MARTÍNEZ-LAGE, P. y Martínez-Lage J.M. El diagnóstico neurológico de la muerte. En: POLAINO-LORENTE, Aquilino (ed.) Manual de Bioética general. 3ª ed. Madrid, Ediciones Rialp, 1997. p. 407.

³⁸ *Ibid.*, p. 407.

³⁹ FLORES H., Juan Carlos; et. al. *Op. cit.*, p. 112.

función del organismo humano como un todo. Éste es un concepto biológico que presupone e implica la pérdida irreversible de la consciencia y la capacidad de reacción (aconsciencia y arreflexia), la pérdida irreversible de la capacidad de respirar (apnea) y, por tanto, de mantener un latido cardíaco espontáneo (asistolia).”⁴⁰ Esta definición corresponde a lo que los especialistas chilenos identifican como muerte clínica. A su vez reconocen como muerte biológica la que afecta a todas las células del cuerpo, propuesta que a su vez es considerada por el profesor Gracia como base para cuestionar la existencia de una muerte natural. Por último, se concibe la muerte ontológica, ligada a la separación entre alma y cuerpo.⁴¹

“Los criterios diagnósticos proporcionan los elementos objetivos que determinan si la muerte ha ocurrido de acuerdo a la definición que se ha utilizado.”⁴² Éste será el punto central de este apartado, si bien está íntimamente ligado a las restantes problemáticas, y por ende, será difícil prescindir por completo de ellas.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 112.

⁴¹ *Cf. Ibíd.*, p. 112.

⁴² *Ibíd.*, p. 112.

La tercera arista de la discusión se explica porque “es necesario seleccionar las pruebas y procedimientos diagnósticos que acreditarán que los criterios se han cumplido. Estas pruebas pueden ser solo un exámen clínico (auscultación, exploración neurológica), o requerir técnicas que van más allá (electroencefalograma, monitoreo cardíaco), cuando el caso lo requiere.”⁴³ Los autores resuelven una duda razonable: ¿los avances científicos ponen en peligro la certeza de una muerte declarada con menor tecnología? A juicio de estos profesionales, eso no ocurre, y la muerte ya constatada sigue siendo válida.⁴⁴

Como ya se ha referido, el presente capítulo se centra en el segundo problema, es decir, en los criterios para establecer la muerte. Principalmente, porque el concepto de muerte difícilmente puede ser institucionalizado, ya que como los propios médicos reconocen, se entremezcla con las creencias personales, consideraciones filosóficas, de índole religiosa, etc. A esto se añade que el tercer problema sí exige inevitablemente resolver en forma previa la segunda cuestión. Además se observa que las legislaciones suelen poner más atención a este problema,

⁴³ *Ibíd.*, p. 112.

⁴⁴ *Cf. Ibíd.*, p. 112.

dando por sentado que el debate acerca de los criterios de determinación de la muerte ya está plenamente resuelto. De ahí la importancia de ahondar en este punto.

CAPÍTULO II: LA MUERTE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA ACTUAL.

1. TRATAMIENTO DEL TEMA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA ACTUALMENTE VIGENTE.

La legislación chilena hace referencia al concepto muerte natural en el artículo 78 del Código Civil, en su Título II del Principio y Fin de la Existencia de las personas del Libro Primero De Las Personas, al señalar que “La persona termina por la muerte natural.”

Por su parte el Código Sanitario chileno en ningún momento trata el tema de la muerte. Sólo es posible considerar que lo aborda indirectamente en el Título VIII De las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres; en el cual se refiere a las condiciones establecidas para la sepultación y a la necesidad de constatar la muerte señalando la causa del fallecimiento. Sin embargo, el cuerpo legal jamás indica cuál es el criterio a seguir para determinar la verificación del deceso.

Debe constatarse que la única norma que hacía referencia al asunto, el artículo 149, fue derogada el año 1996 con la dictación de la Ley 19.451, a la que pronto haremos referencia. Este artículo indicaba: “Debe diagnosticarse muerte cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará mediante la certeza diagnóstica de la causa de la misma y, a lo menos, dos evidencias electroencefalográficas en la forma estipulada por el Reglamento.” Es decir, se optaba por la muerte cerebral como criterio.

Dado que el Código Sanitario actualmente vigente no aporta mayores respuestas al tema principal de este trabajo, es preciso recurrir a la normativa relativa al aspecto en que tiene mayor incidencia la determinación de un criterio de muerte, esto es, la donación y trasplante de órganos. La ley aplicable ha sido modificada recientemente, por lo que atenderemos en primer término a la norma original para luego ver si la reforma tiene incidencia en la materia analizada.

La donación y trasplante de órganos están regidos por la Ley 19.451 del año 1996. Su artículo 11 establece la forma de certificación de la muerte, determinando a su vez que el criterio seguido por la legislación chilena es la muerte cerebral. El inciso tercero del ya mencionado artículo indica: “La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados.” Asimismo, se establece que tal hecho se verifica a través de la no observación de movimiento voluntario durante una hora, apnea por el lapso de tres minutos contados desde la desconexión y la ausencia de reflejos troncoencefálicos.

La Ley 20.413 de enero del 2010 modifica en diversos aspectos la Ley 19.451. Sin embargo, no altera en modo alguno el artículo 11, con lo que la muerte cerebral sigue siendo el criterio de determinación de la muerte en Chile. Finalmente la ley 19.451 sufre una última modificación en mayo de 2013 cuando se promulga la ley 20.673, la cual reemplaza su articulado número 2, esta modificación solo apunta a cambiar la determinación de quienes pueden ser considerados donantes de órganos,

pasando de un sistema de “donante presunto asociado a un registro de no donantes” a un sistema de donantes universales, bajo el cual somos todos donantes salvo declaración en contra jurada ante notario.

Por último, el Decreto 656 del Ministerio de Salud del año 1997, establece el Reglamento de la Ley 19.451. Éste confirma la muerte encefálica como criterio de determinación del fallecimiento en la legislación chilena. En particular, su Título IV De la acreditación y certificación de la muerte encefálica indica el protocolo a seguir por parte de los médicos a fin de verificar la muerte para efectos de la donación de órganos. En particular, el artículo 22 del citado reglamento señala: “La certificación de la muerte encefálica se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, realizando un diagnóstico positivo de daño encefálico estructural, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados.”

2. PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEA LA ACTUAL LEGISLACIÓN CHILENA EN TORNO AL CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA MUERTE.

Con respecto a lo planteado por la legislación, surgen algunas interrogantes. ¿Es posible estimar, de acuerdo a la legislación chilena, que la muerte cerebral es la única forma de constatar el deceso de una persona para la realización de un trasplante de órganos? ¿Puede considerarse que el criterio determinado en el artículo 11 de la Ley 19.451 es extensivo a toda constatación de fallecimiento, esto es, incluso si está descartado el trasplante de órganos? ¿Hay diferencias en el empleo del criterio según el contexto en que se produce el deceso?

En primer lugar, cabe preguntarse si, para efectos de un trasplante de órganos, la única manera de considerar muerto a un individuo es por medio del diagnóstico de la muerte cerebral. Dados los términos de la actual legislación chilena con respecto a esta materia, lo que además se encuentra reforzado a través del reglamento respectivo, parece claro que en nuestro país, para efectuar cualquier trasplante de órganos –desde un donante

cadáver-, es necesario que se le pueda considerar muerto en base al criterio de la muerte encefálica. Si no se satisface este criterio el hecho adolecería de ilicitud, o en el mejor de los casos, se sujeta a las normas que rigen los trasplantes respecto a donantes vivos.

A continuación, surge la pregunta respecto a si el criterio de la muerte cerebral es el único que es reconocido por la legislación como válido para acreditar el deceso de un individuo. A este respecto, cobra relevancia el estado actual del Código Sanitario. Esto porque si bien no trata la materia explícitamente, sí concibe que hay ciertas situaciones en las que es lógicamente imposible exigir la muerte cerebral como criterio válido. En particular, el artículo 142 del Código Sanitario establece: “A falta de certificación médica establecida en el artículo anterior, la verificación del fallecimiento se establecerá mediante la declaración de dos o más testigos, rendida ante el Oficial del Registro Civil o ante cualquiera autoridad judicial del lugar en que haya ocurrido la muerte. Esta declaración deberá ser hecha de preferencia por las personas que hubieren estado presentes en los momentos antes del deceso, de todo lo cual se dejará expresa constancia.” Incluso si el artículo 149 no hubiese sido derogado, se puede

afirmar que el Código admite otras formas de diagnóstico tanatológico distintas de la muerte encefálica. El profesor Carlos María Romeo Casabona señala: “Indudablemente, la paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración continúa constituyendo en la actualidad una causa inmediata y medio fundamental de comprobación de la muerte, a la vista de que su paralización supone necesariamente también en un lapso de escasos minutos la destrucción del cerebro.”⁴⁵ A juicio del profesor, esto reafirma a la muerte cerebral como criterio establecido por el ordenamiento jurídico. Esta conclusión con respecto a la legislación española, es extensible a la de nuestro país.

Lo previamente indicado tiene sentido por dos razones: una práctica y otra que podría denominarse biológica o médica. Por una parte, no todas las personas fallecen en hospitales o centros médicos. La muerte cerebral exige un equipamiento para efectuar el diagnóstico, no siendo constatable a simple vista. Si, por ejemplo, un individuo fallece en la vía pública, la muerte no podrá constatarse a través de la ausencia de actividad cerebral, pero sí se presentarán otros signos que llevarán inequívocamente a la

⁴⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María. Op. cit., p. 164.

conclusión de que se produjo el deceso. Esto se traduce básicamente en el empleo del criterio del paro cardiorrespiratorio. Por otro lado, desde el punto de vista biológico, se constata que la muerte cerebral va ligada al cese de las funciones cardíacas y respiratorias. Es decir, la constatación del paro cardiorrespiratorio, si bien no implica necesariamente que la muerte cerebral ya se produjo, sí hace presumir que se constatará pronto. A su vez, cuando la muerte encefálica se presenta primero, es señal de que el paro cardiorrespiratorio se producirá a continuación.

Esta explicación satisface en parte la última pregunta, a saber, si el contexto en que se produce el deceso es relevante para optar por un criterio u otro. La praxis médica sostenida a lo largo de la historia ha considerado el paro de las funciones cardiorrespiratorias como un criterio suficiente para determinar la muerte de un individuo. Sin embargo, la cuestión acerca de lo que ocurre cuando el paciente fallece en un hospital, pero no existe intención, o bien es inviable la extracción de sus órganos, no parece lo suficientemente despejada. Al respecto es posible estimar que a nivel legal, la exigencia de determinar el fallecimiento por medio del diagnóstico de la muerte cerebral no se aplica en estos casos. La Ley 19.451 se refiere a la

donación y trasplante de órganos, y como normativa especial, se estaría regulando analógicamente una situación en la que el legislador no estableció restricción alguna. Es decir, la respuesta queda plenamente entregada a la praxis médica. Ahora bien, la *lex artis* usualmente lleva a una consideración casuística, de acuerdo al padecimiento del paciente, por lo que en ciertos casos la determinación se hará a través del registro de la condición del cerebro, mientras que en otros casos se hará por la ausencia de actividad a nivel cardíaco.

3. CONSIDERACIONES FRENTE A LA MUERTE CEREBRAL.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el criterio de la muerte cerebral no ha sido pacífico dentro de la comunidad científica.

La muerte cerebral ha sido un tema controvertido desde sus orígenes. Su aceptación aún presenta detractores dentro de la ciencia médica. Así también en la sociedad civil no han sido pocos los que han expresado sus

cuestionamientos a esta forma de acreditar la muerte. Es indudable que el concepto ha variado desde sus orígenes, puesto que el planteamiento inicial de cese total de las funciones encefálicas pronto se mostró como una exigencia demasiado gravosa. La falta de definición de los aspectos de determinación de la muerte encefálica ha sido uno de los puntos más criticados, y frente a lo que han surgido propuestas alternativas que en ciertos casos provocan una revolución total en el concepto de muerte.

Otra crítica planteada consiste en que no en todos los casos la muerte cerebral es la forma más óptima y clara de establecer el deceso. En ciertas circunstancias, hay otros criterios más apropiados y que permiten en forma inequívoca considerar que el individuo ya ha muerto. Este planteamiento es principalmente un reparo a la opción mayoritaria de las legislaciones referidas a donación y trasplante de órganos de sólo aceptar la muerte cerebral como criterio válido de definición de fin de la vida. Se señala que otros criterios igualmente permiten la extracción, y que por lo tanto, debe contemplarse cuál es el órgano o tejido que se pretende trasplantar. El profesor Carlos María Romeo Casabona se refiere fundamentalmente a este aspecto. Identifica en su obra tres temáticas: la primera se encuentra

vinculada al paro cardiorrespiratorio; la segunda dice relación con el desfase de la normativa con los avances biomédicos; y el tercer tema se refiere al caso de los anencéfalos, neonatos y niños. Respecto de la primera, el autor considera que “la exigencia del diagnóstico de muerte cerebral en algunos supuestos es jurídicamente incorrecta (por restricción o por exceso de celo garantista) y médicamente innecesaria (por no estar médicamente indicada y ser suficientes otros procedimientos.”⁴⁶ Así, da como ejemplos los casos de la córnea, huesos, piel y vasos, en que no es necesaria la muerte encefálica para asegurar la viabilidad de los tejidos.⁴⁷ Respecto al segundo tema, el profesor afirma que la legislación se encuentra desfasada, al no considerar ciertos procedimientos que contribuirían a un diagnóstico más certero; por incluir trámites innecesarios y dilatorios en cuanto a la posibilidad de trasplantar; y por la cobertura de ciertos casos de pacientes que han recibido sustancias que afectan el sistema nervioso central, el que podría tratarse mejor con otros procedimientos.⁴⁸ En cuanto a la situación de los anencéfalos, “la reflexión arranca de la dificultad que en principio podría implicar considerar muertas criaturas nacidas que muestran cierta

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 166.

⁴⁷ *Cf. Ibíd.*, p. 167.

⁴⁸ *Cf. Ibíd.*, pp. 169-170.

actividad bioeléctrica registrada mediante electroencefalograma. Equiparan lo que ha venido a denominarse “ausencia de cerebro” con la “muerte cerebral”.⁴⁹ Se trataría de un caso que muestra la insuficiencia del criterio de muerte encefálica.

Existe otro planteamiento aplicable a la legislación chilena y del que previamente ya se ha hecho mención. La ley sólo establece la muerte cerebral como criterio en materia de trasplante de órganos, pero no trata cuál es la situación para los demás casos. Esto permitiría asumir que existen diversos tipos de muerte, no necesariamente coincidentes, por los que una persona puede estar viva para unos efectos pero no para otros. Estas ambivalencias presentan serios reparos éticos. Médicos chilenos afirman: “Esto es difícil de sostener porque no es posible estar muerto para unos efectos y para otros no. Es un notable vacío en la legislación chilena y la de otros países, que esta ley [Ley 19.451] no corrigió.”⁵⁰

A su vez, se objeta que la muerte cerebral no es diagnóstico, sino pronóstico de que pronto se producirá el cese de las funciones cardíaca y

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 176.

⁵⁰ ECHEVERRÍA B. Carlos; et. al. *Op. cit.*, p. 115.

respiratoria. Se dice que de lo que se trata es de determinar la muerte y no de predecirla. “También, conviene señalar que, en estas circunstancias, la inevitabilidad del paro cardíaco ocurre sólo si no se hace nada por evitarlo, del mismo modo como el paro respiratorio en pacientes con muerte encefálica es inevitable sólo en la medida de que no se les provea de ventilación mecánica.”⁵¹ Es decir, si existe una “muerte natural” y ésta es el paro cardiorrespiratorio, se estaría ante una intención deliberada de dejar morir a un ser que sigue vivo.

Desde una perspectiva práctica, las dificultades que se presentan para verificar la muerte cerebral de un modo plenamente certero hacen dudar a algunos de la conveniencia de seguir esta clase de criterio. Al respecto hay que recordar lo que ya se ha señalado, esto es, que la muerte encefálica ha evolucionado desde la propuesta original de la Universidad de Harvard, por lo que la exigencia de cese total de las funciones a nivel cerebral no es del todo acorde a la realidad de la praxis médica. “Inicialmente el concepto de “muerte cerebral” no hizo distinciones ni énfasis sobre qué parte del cerebro era verdaderamente esencial para marcar el punto de no retorno en el

⁵¹ *Ibíd*, pp. 101-102.

proceso hacia el paro cardíaco irremediable y el cese funcional de todos los demás órganos. De ahí que el término “total” aplicado a la lesión del sistema nervioso tenía un carácter de extensión máxima.”⁵² Hoy esta idea se ha dejado de lado, pero subsiste la dificultad de precisar qué zonas del cerebro son las que deben seguir en actividad para considerar que se trata de un ser humano vivo. “Existen observaciones clínicas de individuos que cumplen todos los requisitos exigidos para el diagnóstico de muerte encefálica, pero que muestran evidencias de una función encefálica integrada a nivel del troncoencéfalo y, algunos, pueden evidenciar alguna función cortical.”⁵³ Asimismo, “los autores concluyen que la definición de destrucción total del cerebro, sólo puede ser determinada en la autopsia. Claramente, una condición que sólo puede ser determinada después de la muerte no puede ser considerada como un elemento para diagnosticar la muerte.”⁵⁴

Otro factor a considerar es que los avances tecnológicos aplicables al campo de la medicina permiten que hoy prácticamente todo órgano puede

⁵² MARTÍNEZ-LAGE P. y Martínez-Lage J.M. Op. cit., p. 412.

⁵³ ECHEVERRÍA B., Carlos; et. al. Op. cit., p. 102.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 102.

ser sustituido artificialmente. Se considera que en este sentido el cerebro no es preeminente a otra parte del cuerpo humano, y por lo tanto, no se justifica su primacía en la definición de la muerte. Se ha dicho que “el cerebro no parece ser menos irremplazable que cualquier otro órgano vital.”⁵⁵

Una consideración propone que, al parecer, el único motivo que hace prevalecer la muerte encefálica a otros criterios de determinación del fin de la vida, es su importancia para la extracción de órganos con motivo de un trasplante. “Para legitimar el criterio de muerte encefálica sería necesario disponer de algún argumento distinto al de la mera conveniencia de declarar muertos a estos pacientes con la finalidad de otorgar licitud a la extracción de sus órganos vitales para trasplantes.”⁵⁶ El Grupo de Estudios de Ética Clínica indica la problemática involucrada: “se plantea aquí el difícil problema de cómo conciliar la obligación médica de diagnosticar con absoluta certeza la muerte de una persona con la posibilidad de salvar la

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 102.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 103.

vida a un sujeto a través de un trasplante del órgano como única alternativa terapéutica.”⁵⁷

Un aspecto interesante es la posición de la Iglesia Católica con respecto a la materia. Las autoridades eclesiásticas inicialmente no tuvieron mayores reparos en admitir el criterio de la muerte cerebral como nueva forma de determinación del fin de la vida para efectos de las operaciones de trasplante de órganos. La situación fue pacífica desde el papado de Pío XII hasta el de Juan Pablo II. Sin embargo, en los últimos años han surgido voces disidentes al interior del Vaticano, las que se extenderían incluso al abdicado Papa, Benedicto XVI. Particularmente, el año 2005, la Pontificia Academia de Ciencias efectuó una conferencia en que se trató el tema. “Los expertos presentes, filósofos, juristas y neurólogos de diferentes países, estuvieron de acuerdo en sostener que la muerte cerebral no representa la muerte de un ser humano y que el criterio de muerte cerebral debería ser desechado por carecer de sustento científico. Esta conferencia fue un shock

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 105.

para las autoridades Vaticanas que suscribieron el informe Harvard.”⁵⁸

Dichos de Su Santidad cuando aún era Cardenal permiten deducir su posición al respecto. “A su juicio, la remoción de órganos de donantes al término de sus vidas se realiza frecuentemente con personas que no han muerto aún, pero que son "llevadas a la muerte" por ese propósito. Además, como Papa, Ratzinger publicó el Compendio del Catecismo de la Iglesia Católica. En el número 476 se lee: "Antes de continuar el noble acto de la donación de órganos después de la muerte, se debe verificar que el donante realmente murió".”⁵⁹

Lo anterior no sólo es un nuevo problema al interior de la Iglesia, sino que además es relevante dado la influencia que aún mantiene la institución eclesiástica en el mundo occidental, al menos en torno a sus fieles, o a través de su participación en la opinión pública a través de los medios masivos de comunicación.

⁵⁸ MAGISTER, Sandro. “Trasplantes y muerte cerebral”. [en línea] Catholic.net. 5 de septiembre de 2008. <<http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/345/441/articulo.php?id=38874>> [consulta: mayo de 2014].

⁵⁹ *Ibíd.*

Por otro lado, la opinión mayoritaria sostiene que la muerte cerebral es un gran avance frente al antiguo criterio del paro cardiorrespiratorio.⁶⁰ Ha posibilitado que muchas vidas se salven a través de los trasplantes de órganos, los que de otro modo no podrían concebirse, por ejemplo, en el caso de la donación del corazón.

También se ha planteado que se trata de un criterio que deja menos espacio para dudas y que ha contribuido a alejar el viejo temor de la “muerte aparente” o catalepsia. Sin embargo, hay estudios que demostrarían que los profesionales de la salud no están del todo convencidos de que la muerte cerebral sea un criterio indubitable. De acuerdo a ello, “muchos clínicos parecen justificar sus acciones basados más en la no maleficencia y el consentimiento, que en la creencia de que los pacientes estén realmente muertos.”⁶¹

Los médicos Martínez-Lage han dicho: “La sociedad está hoy preparada para aceptar desde cualquier punta de vista filosófico, o desde cualquiera de las principales tradiciones religiosas que la destrucción

⁶⁰ Cf., por ejemplo, GRACIA, Diego. Op. cit., p. 343.

⁶¹ ECHEVERRÍA B., Carlos; et. al. Op. cit., p. 103.

irreversible del cerebro supone la muerte de una persona. No porque en él residan las cualidades más específicas e indistinguiblemente humanas, sino porque es el órgano integrador y unificador que permite el funcionamiento del organismo como un todo y lo hace capaz de sustentar la vida humana, sea cual sea la concepción filosófica o teológica de la misma.”⁶²

Así se aprecia cómo las opiniones están divididas, pues si bien la muerte cerebral recibe críticas hasta el día de hoy, otros no dudan en reconocer el aporte y progreso que este criterio ha significado para la práctica de la medicina.

⁶² MARTÍNEZ-LAGE P. y Martínez-Lage J.M. Op. cit., p. 417.

CAPÍTULO III: LA DECISIÓN DE MORIR.

1. LA LIBERTAD DE DECISIÓN DEL SER HUMANO COMO ENTE AUTÓNOMO.

Para comprender si una persona puede o no llegar a tomar la decisión de cómo morir, es esencial comprender el concepto de autonomía, que podemos entenderla como “la regulación personal de uno mismo, libre, sin interferencias externas que pretendan controlar y sin limitaciones personales”.⁶³

Para que se logre una real autonomía, según Beauchamp y Childress, son esenciales dos condiciones⁶⁴: 1) La libertad: actuar independientemente de las influencias que pretendan controlar y 2) Ser agente: tener la capacidad de actuar intencionadamente. Sin desestimar el criterio recién dado, en más detalle podemos decir que las acciones autónomas se analizan en función de sus agentes, los cuales actuarán: a) intencionadamente b) con

⁶³ BEAUCHAMP, Tom, CHILDRESS, J.F, Principios de Ética Biomédica, Barcelona, Masson, 1998, p. 113.

⁶⁴ *Ibid.* 114.

conocimiento y c) en ausencia de influencias externas que pretendan controlar y determinar el acto.

Es importante hacer la distinción entre ser autónomo y ser respetado como agente autónomo, ya que respetarlo implica, “como mínimo, asumir su derecho a tener opiniones propias, a elegir y a realizar acciones basadas tanto en sus valores como en sus creencias personales”.⁶⁵ Lo más fundamental respecto a esta consideración es que el respeto deber ser activo, es decir, surge la obligación de no intervenir en los asuntos de otras personas y además asegurar las condiciones necesarias para que su elección sea autónoma. Al decir que las acciones autónomas no deben ser controladas ni limitadas por otros, es cuando derivamos al derecho a la autodeterminación, el cual defiende una serie de derechos de la autonomía.

Si bien es cierto que debemos respetar la autonomía de los individuos, igualmente es cierto que este principio sólo tiene valor, en principio, ya que puede ser supeditado por otras consideraciones morales.

⁶⁵ *Ibíd.* p. 117.

Tanto en sus aspectos positivos como negativos, el principio obliga a los profesionales de la salud a informar, buscar y asegurar la comprensión y la voluntariedad y a fomentar la toma de decisión adecuada, ya que para respetar hay que fomentar y velar por los intereses de las personas.

Entonces podemos entender el principio de la autonomía como “el reconocimiento de la libre- autónoma- decisión individual sobre sus propios intereses siempre que no afecte a los intereses de un tercero o el respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales no constreñidas”⁶⁶, es decir, es el reconocimiento a actuar responsablemente, y que por lo tanto cada ser humano tiene el derecho a determinar su propio destino vital y personal, con respeto a sus propias convicciones, creencias y forma de ver el mundo. El conflicto de este principio se encuentra cuando el individuo se enfrenta a: 1) sus propios intereses 2) a los de un tercero o 3) cuando en la situación concreta debe negársele esa capacidad de autonomía.

Este último punto es bastante relevante, ya que se pueden producir conflictos relacionados con la identidad personal y la continuidad del ser a

⁶⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María, Op. Cit. p. 42.

lo largo del tiempo, porque es muy probable que con el tiempo un individuo pueda cambiar de parecer incluso al extremo que parezca ser otra persona. Por ejemplo en caso de los menores de edad, se entiende que los padres son los tutores naturales, pero ¿qué sucede con personas en estado de coma irreversible o que no han sido nunca competentes?

Estas situaciones hacen necesaria la referencia a los criterios para la toma de decisiones del sustituto, estos son: 1) el juicio sustitutivo, por el cual el tutor debe determinar los deseos y necesidades subjetivos del individuo y así decidir según el sistema de valores de éste, único criterio basado en la autonomía del paciente; 2) el segundo criterio es el de la autonomía pura, este criterio solo sirve para pacientes previamente autónomos que en algún momento han manifestado una decisión o preferencia autónoma relevante, ya que “se deben respetar las decisiones autónomas que los pacientes incompetentes previamente competentes tomaron en el pasado sobre cuestiones que hacen referencia a sí mismos”⁶⁷; y 3) el último criterio es el del mejor interés, según el cual el sustituto para

⁶⁷ BEAUCHAMP, Tom, CHILDRESS, J.F, Op. Cit. p. 165.

la toma de decisiones debe determinar cuál es el mayor beneficio que el paciente podría obtener de entre todas las opciones posibles.

Todas las decisiones que se toman en torno a una situación médica, tienen directa vinculación con el “Consentimiento Informado”, que podemos entenderlo básicamente como la toma de decisiones conjunta entre el médico y el paciente, pero es mucho más que eso, ya que aunque al principio se utilizaba para disminuir el perjuicio potencial que existía para los sujetos que participaban en proyectos de investigación, actualmente “la principal función y razón que justifica el consentimiento informado es facilitar y proteger la elección autónoma individual”.⁶⁸ Por lo tanto podemos entender este término como una autorización autónoma, por la cual un paciente con suficiente capacidad de comprensión y que no esté siendo controlado por otros, autoriza intencionadamente a un profesional a hacer algo.

El consentimiento informado puede definirse en base a dos elementos: el informativo y el consentimiento. “El componente informativo

⁶⁸ *Ibíd.* p. 135.

consiste en exponer la información y que ésta sea comprendida. El componente de consentimiento hace referencia a la decisión voluntaria de someterse o no a una intervención propuesta.”⁶⁹ Si se logran unir estos dos elementos, podemos estar en condiciones de decir que el paciente ha recibido la información suficiente y necesaria para adoptar la decisión más adecuada para su vida.

El principio de respeto a la autonomía, no es absoluto y por lo tanto puede ser supeditado por otras consideraciones morales relacionadas con la toma de decisiones como lo son, la dignidad y la libertad.

La dignidad supone el reconocimiento de calidad de ser humano en cuanto tal, por el mero hecho de serlo, lo cual implica además la existencia de autonomía moral, “en el sentido de la conciencia valorativa ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta y de esfuerzo de liberación frente a la interferencia o presiones alienantes y de manipulaciones cosificadoras.”⁷⁰ Lo que nos lleva a concluir que la libertad es inherente a la dignidad de la persona, el hombre es dueño de si mismo,

⁶⁹ *Ibíd.* p. 137.

⁷⁰ ROMERO CASABONA, Carlos María, *Op. Cit.* p. 45.

como dice Kant: “la autonomía es por tanto el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de cualquier otra racional.”⁷¹

Como ser racional el ser humano tiene conciencia del término de su vida, y por lo tanto debemos aceptar la vulnerabilidad de la vida y entender la muerte como parte del proyecto vital, es decir, entender los límites propios de la vida y entenderlos de forma armoniosa y serena, esto conlleva llegar a conocernos como seres irrepetibles e individuales y al mismo tiempo como parte de una especie capaz de razonar y decidir determinados aspectos de su propio futuro, y “es el raciocinio y los sentimientos que nos confieren libertad de decisión.”⁷²

Es necesario que una sociedad que pretenda llegar a ser avanzada se pregunte ¿por qué una persona no quiere seguir viviendo? ¿Qué fue lo que no fuimos capaz de entregarle, para que haya llegado a tomar la decisión de terminar con su vida? Si bien la muerte es un fenómeno que debe ser aceptado como tal, también es cierto que la muerte de un ser humano afecta a toda la sociedad y ser testigo del proceso de deterioro físico y psíquico,

⁷¹ Ibid. (apud KANT, Immanuel).

⁷² TOMÁS GARRIDO, Gloria María, Op. Cit. p. 447.

es algo que nos impacta y por lo tanto es necesario que se le reconozca y exalte su dignidad dedicándole los medio técnicos y humanos necesarios para lograr que se produzca de la mejor forma posible, tal como se decía en un aforismo médico del siglo XIV: “curar a veces, mejorar si es posible y cuidar SIEMPRE.”⁷³

Entonces finalizamos este apartado, aceptando la muerte como parte del ciclo vital, comprendiendo que es de las pocas cosas seguras de las cuales somos conscientes de que ocurrirán. Respetando principios tan importantes como la autonomía, dignidad y libertad. Podemos concluir que si bien no elegimos dónde ni cuándo nacer ni morir, ¿se puede elegir cómo morir? Es momento para entrar analizar bajo qué condiciones podríamos elegir morir y si es que esto es posible.

⁷³ *Ibíd.*

2. MORIR COMO DECISIÓN PROPIA. LA DETERMINACIÓN DE DEJAR DE VIVIR.

Es necesario aclarar bajo que supuestos se puede tener la facultad de decidir respecto del término de nuestras vidas, y así diferenciarla de situaciones como las suicidas que apuntan a otro aspecto humano y así no confundirla con la Eutanasia.

Actualmente se discute respecto a la existencia del deber de no suicidarse en confrontación con el derecho a quitarse o a disponer de la propia vida en el momento y circunstancias que se desee. Debate que hace surgir la eutanasia, vinculándolo con el derecho a una muerte digna, y con el respeto a esta dignidad, que es lo que le corresponde a todo ser humano.

Para el autor José Joaquín Ugarte, la vida “es obra directa de Dios y por lo tanto sólo quien es causa de una realidad tiene dominio sobre la misma.”⁷⁴ Siguiendo esta línea de pensamiento, como ningún hombre es objeto ni cosa, ningún hombre podrá tampoco tener derecho o dominio

⁷⁴ UGARTE, José Joaquín, El derecho de la vida: el derecho a la vida bioética y derecho, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 118.

sobre la vida de otro, ni sobre la suya propia, porque la misma personalidad excluye por esencia la condición por objeto de derecho y disponibilidad, de lo cual concluye que el hombre no puede disponer de la vida humana. De lo anterior además se desprende que la integridad del ser humano está naturalmente cubierta por el derecho a la vida y que por lo cual el hombre tampoco puede atentar contra la integridad física o psíquica suya o de sus semejantes.

El punto relevante respecto de éste autor, es la apresurada relación que hace entre eutanasia y suicidio como hipótesis especiales de homicidio⁷⁵. Sin adentrarse en las circunstancias particulares de cada uno de estos conceptos, los que se originan por especiales situaciones, y aunque concordamos en que bajo determinados supuestos tiene analogía con el homicidio, por ejemplo, la falta de consentimiento del sujeto a quien se somete a proceso eutanásico, en su origen no son, como lo expone el autor, “una acción intrínsecamente mala.”⁷⁶

⁷⁵ *Ibíd.* p. 123

⁷⁶ *Ibíd.*

El ser humano, es un ser autónomo y por lo tanto tiene el derecho a hacer o no hacer, aún más, debido a su libertad, además tiene el derecho a que nadie pueda obligarlo o impedirlo de realizar determinada conducta.

Entonces cada uno de nosotros tiene el derecho, a que no se interfiera en así llamarlo “nuestro círculo” en donde se delimitan las áreas dentro de las cuales nadie puede interferir en las acciones de otra persona. Un derecho no es un deber u obligación: el deber implica no poder elegir, no poder decir que no. Es importante entender que la vida no es un deber ni una obligación.

Es natural que los seres humanos desarrollados deseen vivir y que en general no exista el deseo de morir. Lo normal en las personas es que se mantengan viviendo, ya que si bien las tasas de suicidio han ido aumentando a través de los años, los suicidas continúan siendo un porcentaje ínfimo de la sociedad. Pero en determinadas circunstancias la vida puede ser tan penosa que el individuo prefiere acabar con ella a continuar sufriendo. No se trata de que el suicida desee la muerte sin más, sino que la prefiere como la menos mala de las alternativas disponibles.

Es por esto que es discutible la postura que sostiene que el suicidio o la eutanasia son actos no naturales, pues en ellos los hombres eligen la muerte en lugar de la vida, “el juicio falso contenido en dicha premisa es que, precisamente, nadie puede evitar la muerte; enfrentados al devenir irremediable de esta, los avances de la ciencia solo permiten retardarla mas no eludirla; por ello, lo único posible es elegir el tiempo y forma de morir.”⁷⁷

Aunque le corresponde al paciente la facultad de decidir y por lo tanto incumbe al médico la responsabilidad de discutir las posibilidades con el enfermo cuando éste se halle todavía en uso de razón, “constituyen una minoría los médicos que lo hacen así, quizá por renuencia a ceder parte de sus atribuciones.”⁷⁸ De igual forma constan en el historial médico otro tipo de datos, en donde el médico se informase de los deseos de su paciente en este aspecto y los documentase en la forma debida, lo mismo que incluyen los datos relativos a antecedentes familiares por ejemplo. El interés del paciente y el del propio médico saldrían beneficiados cuando las decisiones

⁷⁷ BRAVO, COBB, Jaime Rodrigo, Op. Cit. p. 146

⁷⁸ CASADO, GONZÁLEZ, María, La Eutanasia: Aspectos Éticos y Jurídicos, Madrid, Editorial Reus, 1994, p. 42.

se tomasen de mutuo acuerdo. “Incluso sería aconsejable que los mismos programas de enseñanza prestasen atención especial a las cuestiones de la medicina terminal, y los anteriores criterios fuesen asumidos por las facultades de medicina e incluidos entre sus enseñanzas, al menos en período de prácticas.”⁷⁹

3. ¿VIDA COMO BIEN JURÍDICO DISPONIBLE?

Para adentrarnos en este tema, se hace menester señalar cuál es el concepto de bien jurídico.

En doctrina existen diversas definiciones como autores se han referido al tema. Welzel en su oportunidad señaló “el bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto.”⁸⁰

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ WELZEL, Hans, cit. por JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997 [2ª ed. alemana 1991], ps. 47 y 48, EN: KIERSZENBAUM, Mariano, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Revista Lecciones y ensayos nro. 86, año 2009, p.188, En:

En modo meramente expositivo, podríamos quedarnos con la definición de Von Liszt “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”. De la definición señalada, es posible extraer dos elementos:

1. Se trata de un interés vital que es reconocido por el derecho. Por ende, su existencia es previa a su resguardo jurídico.
2. El bien jurídico es reconocido en una sociedad determinada. En consecuencia los intereses vitales resguardados varían conforme a factores sociales y culturales.

De lo anterior, se puede concluir que no es la rama del derecho penal la encargada de la creación de los bienes jurídicos protegidos. Su función es la de sancionar las conductas que lesionan éstos bienes.

Ya que contamos con un concepto de bien jurídico, menesterosa es su distinción de otras definiciones que podrían llevarnos a error, como lo son las de derecho objetivo y subjetivo.

<<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>>
[consulta: marzo 2014].

El derecho objetivo consiste en las normas que forman parte de un ordenamiento jurídico determinado. Puede diferenciarse del bien jurídico en que éste nace por el interés que motiva la creación de una norma que tiene como finalidad su protección.

En tanto, el derecho subjetivo es una “facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas, un comportamiento (sea activo u omisivo)”⁸¹. Al ser reconocida por el derecho, cabe la posibilidad de exigir el cumplimiento mediante los órganos estatales. Es posible que se diferencie del bien jurídico puesto que éste tiene un fin orientativo de un interés determinado que una sociedad determinada desea resguardar. Un derecho subjetivo en tanto es una facultad de exigir una conducta determinada, lo que no siempre se condecirá con lo que la sociedad mantiene como un interés vital sujeto a protección.

Para efectos de llevar a cabo esta tesis, consideramos indispensable

⁸¹ KIERSZENBAUM, Mariano, Op. Cit. p. 190.

desarrollar la idea de en qué consiste la disponibilidad e indisponibilidad de un bien jurídico.

En principio, se ha criticado esta clasificación, toda vez que sería una contradicción en sí misma, como señala Zaffaroni “La idea de disponibilidad es criticada, particularmente por quienes clasifican los bienes jurídicos en disponibles e indisponibles, lo que se contrapone frontalmente con la disponibilidad como característica esencial del concepto. Este malentendido deriva de la identificación de disposición con destrucción. La destrucción es un límite —poco usual— de la disponibilidad, pero en un estado social y democrático de derecho la forma ordinaria de disponibilidad es el uso o aprovechamiento del objeto de la relación. En este sentido, es claro que la vida es el bien jurídico más disponible, pues a cada instante se dispone del tiempo de vida. Los casos a que usualmente se apela para negar el concepto de bien jurídico como disponibilidad son el suicidio y la destrucción del estado. Cabe observar que son dos supuestos en que el sujeto pierde de una vez y para siempre todos los bienes jurídicos y no sólo la vida o el estado: en el primer caso desaparece el sujeto; en el segundo, la protección jurídica. De allí que en el caso del suicidio pueda exigirse el

recaudo de que, por lo general, sólo sea legítima la práctica directa por el propio sujeto. En el caso del estado, se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por consiguiente, un sujeto aislado no puede disponer de él en forma destructiva, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple.”⁸²

En consecuencia, podemos señalar que al hablar de disponibilidad, estamos haciendo referencia al límite de lesionabilidad de los bienes jurídicos, y en particular, se hace necesario revisar qué circunstancias habilitarían la disposición del derecho a la vida.

Jurisprudencialmente en nuestro país, el derecho a la vida se ha consagrado por sobre el derecho a morir (eventualmente). Casos como el de los ayunantes o “el 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

⁸² ZAFFARONI, Eugenio R., Tratado de derecho penal. Parte general, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1980/1983, p. 240. En: KIERSZENBAUM, Mariano, Op. Cit. p. 209.

dicho establecimiento”⁸³, nos expone en su parte resolutive “divagaciones de corte más 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 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, sentará 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.”

Relativo a los diversos casos de recursos (acciones) de protección que tienen por objeto la preservación de la vida de personas que profesan cultos que promueven la no realización de transfusiones de sangre (oposición de

⁸³ ORTEGA, Alberto, Derecho a morir: Tratamiento jurídico penal de la eutanasia en la legislación chilena y comparada, Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Santiago, Universidad de Chile, 2008. p. 74.

conciencia), se ha fallado en una suerte de prevalencia del derecho a la vida por sobre el derecho a la libertad religiosa (Ver fallos de Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol 39-2002; Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 1030-95).

Sin embargo, la tendencia jurisprudencial internacional avanza en otras líneas, consagrando tres principales puntos en lo que sería una controversia de la ética privada por sobre la pública, como señala Ángela Vivanco: “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 una suerte de instrumento o de herramienta de quien pide ser muerto o ser ayudado a quitarse la vida.”⁸⁴

⁸⁴ VIVANCO MARTÍNEZ Ángela; La Autonomía de la Persona Frente al Derecho a la Vida No

La misma autora sostiene, respecto al derecho nacional, que los derechos enumerados en el artículo 19 de nuestra carta fundamental, no serían dispuestos en un orden azaroso, sino que más bien se trataría de una ponderación jerárquica.

En síntesis, si bien nuestro ordenamiento considera que el bien jurídico vida se impone por sobre otros bienes jurídicos, no existe una norma expresa que indique tal predominancia. En definitiva, la interpretación normativa es la que otorga un rol de supremacía al derecho a la vida, lo que parece un espectro quizás demasiado amplio para dejar al criterio judicial.

Incluye el Derecho a Ser Muerto por un Tercero: La Solicitud de Asistencia al Suicidio y el Caso de Diane Pretty, en Acta bioeth. 2002, vol.8, no.2, p.299-313, En: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2002000200010&script=sci_arttext> [consulta marzo 2014].

4. EL DERECHO A MORIR EN CONFLICTO CON EL DERECHO A LA VIDA.

El derecho a la vida, podemos entenderlo como el derecho a la propia existencia físico- biológica del ser humano, o sea, es “un derecho individual que recae sobre la vida, sobre la existencia misma, del cual somos titulares cada uno de nosotros, cada uno de los seres humanos en tanto vivimos, en tanto persiste el objeto sobre el que se proyecta tal derecho: un derecho que poseemos frente a los demás individuos y frente a la comunidad, en particular frente a la comunidad institucionalizada, es decir, frente al Estado.”⁸⁵

Para el autor Carlos María Romeo Casabona, la vida es un bien (en tanto estado de cosas). Es un bien intangible y por lo tanto respecto de ese bien hay una prohibición de lesión. La importancia de este derecho es que en el se “sustentan todos los demás derechos, es el soporte y la condición necesaria que va a permitir a cada individuo ejercitar y desarrollar sus

⁸⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María, Op. Cit., p. 25.

facultades personales, su desenvolvimiento existencial, aspiraciones y metas, en suma su destino individual y social.”⁸⁶

Si bien es cierto, que en ocasiones este derecho ha sido supeditado por otros, como la libertad y la dignidad, también es cierto que estas visiones más individualistas, deberían ser complementadas con la idea de que el hombre es un ser social, lo cual implica respeto a la vida de los demás miembros de la colectividad y además puede conllevar algunas restricciones, ya que puede llegar a concluirse que el Derecho a la vida no sería ni renunciable ni disponible por parte de su propio titular.

Siguiendo el pensamiento clásico, “el derecho a la vida comporta para con uno mismo el deber de preservar la vida contra los ataques provenientes de sí mismo, es decir, el deber de no suicidarse”⁸⁷. Desde el ámbito jurídico el suicidio no constituye delito como tal en ningún país del mundo.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 27.

⁸⁷ *Ibíd.* p. 30.

Como se dijo anteriormente se ha discutido respecto a la existencia del deber de no suicidarse en confrontación con el derecho a quitarse o a disponer de la propia vida en el momento y circunstancias que se desee. Es respecto a esta situación, en donde surge la eutanasia, relacionado al derecho a una muerte digna, dentro de lo que significa el respeto a la dignidad y como ésta se vincula a todo ser humano.

Como plantea esta visión, el derecho a la vida deber ser respetado tanto por su titular como por las demás personas, es decir no se deben realizar conductas, ni por acción o por omisión, que la destruyan, aunque existen determinadas excepciones como por ejemplo la legítima defensa.

Dentro del marco que significa el respeto a la vida, se encuentran mandatos prohibitivos como No matar y No ayudar a la muerte voluntaria de un tercero⁸⁸, respecto de éste último punto se suele comprender más el derecho al suicidio y a la eutanasia como actos propios en virtud del principio de autonomía, pero ha costado negar la carga desvalorativa de la

⁸⁸ *Ibíd.* p. 33.

conducta si es que es realizada por un tercero, y aún así existe discrepancia en la valoración de la participación de otro, si su actuar consiste en una conducta activa u omisiva. Mayor complejidad existe si el individuo que pide someterse a una eutanasia no tiene capacidad para consentir y por lo tanto para decidir sobre su propio morir.

Es así como surge la tensión en como entender la concepción de la vida, si ¿como algo sagrado que bajo ningún parámetro puede ser objeto de intervención o como un concepto que debe cumplir ciertos estándares para ser considerado satisfactorio? La primera postura se rige por el principio de santidad de la vida, es decir, ésta es preciosa, incluso misteriosa y es digna de respeto y protección⁸⁹, la vida humana no puede ser tomada sin una justificación adecuada y por lo tanto la naturaleza humana no puede ser radicalmente modificada. Según la segunda concepción regida por el principio de calidad de vida, se parte de la premisa de que la vida es un concepto relativo y por lo tanto existe, mientras se mantenga en la persona un cierto nivel de “calidad”.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 40.

Si entendemos al derecho a la vida como un derecho subjetivo, en contraposición de la concepción que lo entiende como un derecho natural, podemos concluir que bajo esta visión: la preeminencia de la persona es muy relevante, toda vez que su dignidad y calidad son inalienables e inviolables y además es razonable entender que la vida humana no es pura existencia y supervivencia, sino que aspira y se orienta hacia un desarrollo que considera una serie de condiciones necesarias, para el adecuado cumplimiento de sus fines propios, la posibilidad de tener una vida plena cuya realización personal sea congruente con la dignidad del ser humano, esto es, una “vida con bienestar”.

En concordancia con lo expuesto podemos definir “el derecho a la vida diciendo que este es un derecho de doble faz, que por una parte, comprende el de mantener y conservar la vida corporal como bien primigenio, fundamental y – por la otra – es el derecho fundacional de todo individuo, por el cual nos reconocemos como seres humanos con dignidad y libertad, aptos de ser titulares de otros derechos humanos esenciales,

destinados a asegurar las condiciones mínimas requeridas para vivir una vida con integridad, dignidad y realización.”⁹⁰

El desarrollo del constitucionalismo, de la mano de los derechos esenciales, ha ido surgiendo la preeminencia de la libertad humana, de la autodeterminación, como producto del principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la propia vida y desde esa perspectiva se defiende la existencia de un “derecho a morir” o más propiamente, a elegir la propia muerte, cuyo sentido es, precisamente el de disponer de la vida, o sea, es el derecho que le asiste a toda persona de elegir la forma y el momento de su muerte, fundado en los principios de: autonomía de la voluntad, libertad individual y responsabilidad personal y social.

⁹⁰ BRAVO, COBB, Jaime Rodrigo, Reflexiones en torno al Derecho a la vida y al Derecho a morir, artículo Revista Corpus Iuris Regionis, 2009, p. 142.

CAPITULO IV: MORIR CON INTERVENCIÓN DE TERCERO.

1. MORIR CON INTERVECIÓN DE UN TERCERO. TIPO PENAL DE AUXILIO O INDUCCIÓN AL SUICIDIO.

La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 20, consagra que “La Constitución asegura a todas las personas:

1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. (inciso primero)

6°.- 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.” (inciso cuarto)

Como ya hemos señalado, se ha establecido un principio de jerarquización de los derechos. Sin embargo, en este mismo esquema es posible verificar que el derecho a la vida se ha entendido de forma restrictiva, limitándose al aspecto fisiológico, y dejando de lado los aspectos psíquicos, emocionales y espirituales del ser humano.

Por ende, ¿cuál es el límite al aparato estatal, que desea imponer una forma de vida determinada? Roxin señala “Las personas, diariamente, ven cernirse sobre sí amenazas por conductas ajenas como propias (v. gr., malos hábitos alimenticios, 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.”⁹¹

⁹¹ ROXIN, Claus. “Problemas Actuales de Dogmática Penal”. 1ª edición (traducción de Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ). ARA (Perú), 2004, p.33, (citado por Jaime Ríos, en “El Consentimiento en Materia Penal” op. cit. p. 33). En: KIERSZENBAUM, Mariano, Op. Cit.

Cabe reflexionar entonces, si corresponde ante el hecho de que no se haya legislado de forma expresa sobre la jerarquización de los diversos derechos que se consagran en nuestra carta fundamental, que se deje a criterios interpretativos esta labor, y más aún tratándose de la interpretación acerca de lo que es la vida (noción tan individual que quizás no dé espacio a interpretaciones dadas con ánimo de generalizaciones).

En nuestro Código Penal, existen dos artículos que sugerirían que la eutanasia sería una conducta punible:

1. Artículo 393: “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”. A este respecto se ha señalado que la eutanasia activa no sería posible puesto que atentaría contra esta norma. El fundamento en doctrina parecería ser que “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.”⁹²

2. Artículo 494 n° 14: sanciona 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”. Este delito, más conocido como la falta de omisión de socorro, está sancionado con hasta cuatro UTM, y se trataría del tipo de eutanasia pasiva (negar los medios necesarios para la subsistencia).

En tanto el artículo 491 sanciona al “médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión”. Lo que por ende consideraría agravante el auxilio al suicidio efectuado por un profesional del área médica.

⁹² ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tercera Edición, 1997, p. 41.

Análisis jurisprudencial internacional: legislación y doctrina.

1. Estados Unidos.

i. Karen Ann Quinlan.

a. Presentación del caso.

Se señala que Karen Ann Quinlan fue uno de los primeros casos mediáticos que puso el debate sobre la eutanasia y el derecho a morir en la mirada mundial. Karen Ann nace el 29 de Marzo de 1954, en Pennsylvania, siendo adoptada y llevada posteriormente a New Jersey. Nunca presentó problemas de salud. En Abril de 1975, comienza una dieta muy estricta con la finalidad de usar un vestido. El 15 de ese mismo mes, asiste a una fiesta en casa de un amigo, no habiéndose alimentado en aproximadamente 48 horas. Pese a lo anterior, ingirió alcohol y tranquilizantes (probablemente diazepam o fenobarbital). Al señalar que se sentía mareada, se fue a acostar. Unos minutos más tarde fue encontrada por sus amigos sin respirar, por lo que llamaron a una ambulancia y le realizaron primeros auxilios, ante los cuales no presentó respuesta.

Posterior a su ingreso al hospital (registrando apenas 50 kilos) se constata que sufrió daño cerebral irreversible producto de la falla respiratoria prolongada, debiendo ser conectada a ventilación mecánica. En lo consecutivo, su estado no hizo sino empeorar, llegando a pesar 36 kilos, dependiendo exclusivamente de la alimentación que le proporcionaban por sonda y el ventilador para poder respirar. Sus médicos declararon que el estado vegetativo en el que se encontraba era permanente, y de carácter irreversible.

Sus padres, luego de meses de observar el deterioro físico de su hija, solicitaron al hospital en el que se encontraba la suspensión de la ventilación mecánica, ante lo cual se negaron, razón por la cual llevaron el caso a la Corte Suprema de New Jersey, que acogió la petición de los padres, dando la posibilidad de su desconexión. Una vez desconectada de la respiración mecánica, siguió con vida respirando autónomamente por nueve años más, alimentada de todas formas por sonda nasogástrica, hasta que falleció en 1985 producto de una neumonía. El caso de Karen es relevante porque además de ampliar el debate sobre la eutanasia, la muerte

digna y el derecho a morir, producto de la sentencia de la Corte Suprema, se constituyeron los primeros comités de ética hospitalaria en la historia.⁹³

b. Legislación y doctrina aplicada.

En este caso, el tribunal de primera instancia declaró que “no existe un derecho constitucional a morir que pueda ser alegado por los padres en nombre de su hijo adulto incompetente.”⁹⁴

En la apelación en tanto, el tribunal supremo de Nueva Jersey declaró que “todos los ciudadanos tienen un derecho a morir reconocido en el *common law* y constitucionalmente protegido a través del derecho a la intimidad (*privacy*)” Se entendió por *privacy* “el derecho a la intimidad

⁹³ Fuentes:

- “El caso de Karen Ann Quinlan”, Diario La Nación de Argentina, 23.10.2003 [Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/538163-el-caso-de-karen-ann-quinlan>]
- “Casos clínicos emblemáticos: Caso Karen Ann Quinlan”, Sitio Web Facultad de Medicina de la Universidad del Desarrollo [Disponible en: http://bioetica.udesarrollo.cl/html/documentos_casos_emblematicos_karen_ann_quinlan.html]
- “Karen Ann Quinlan cumple hoy 10 años en coma”, Diario El País de España, 15.04.1985 [Disponible en http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Karen/Ann/Quinlan/cumple/hoy/anos/coma/elpepisoc/19850415elpepisoc_7/Tes]

⁹⁴ JUANATEY DORADO, Carmen, “La disponibilidad del derecho a la vida en la jurisprudencia y en la legislación de los Estados Unidos de América”, Jueces para la Democracia. Información y Debate N° 45, 2002, p.2.

entendido como autonomía personal” de esta forma se protegen “decisiones individuales de carácter altamente personal, frente a la interferencia estatal”.⁹⁵

Se concluyó que “la Constitución garantiza ciertas áreas de privacidad y que el derecho a la intimidad (*privacy*) es lo suficientemente amplio como para abarcar, bajo determinadas circunstancias, la decisión de los pacientes de rechazar un tratamiento médico.”⁹⁶

Se afirmó además que el derecho también podía ser ejercitado por los ciudadanos en situación de incompetencia. Este punto sirvió de base para muchos otros fallos que desarrollaron la idea de igualdad entre pacientes competentes e incompetentes, en base a la igualdad de trato que sería vulnerada si no se les diese la posibilidad de escoger.⁹⁷

Se estableció un “*balancing test*” (a fin de ponderar el interés individual enfrentado al estatal) “el interés del Estado en preservar la vida

⁹⁵ UROFSKY, M. “Lethal Judgements: Assisted suicide and American law”, Lawrence K., University Press of Kansas, 2000. En: JUANATEY DORADO, Carmen, Op. Cit.

⁹⁶ JUANATEY DORADO, Carmen, Op. Cit., p.2.

⁹⁷ Ibid, p. 3.

se debilita y el derecho a la *privacy* aumenta a medida que la enfermedad avanza y el pronóstico empeora. Finalmente llega un punto en que los intereses del individuo vencen a los del Estado.”⁹⁸

En definitiva, se impone el criterio del interés del paciente por sobre el interés estatal.

ii. Terri Schiavo.

a. Presentación del caso.

Theresa Marie Schindler nace en 1963 en Pensylvania, Estados Unidos. En su adolescencia sufrió de obesidad, llegando a pesar sobre 100 kilos, lo que trajo como consecuencia una serie de desórdenes alimenticios producto de diversas dietas.

En 1984 contrae matrimonio con Michael Schiavo, cambiando su apellido.

⁹⁸ UROFSKY, M. Op. Cit. En: JUANATEY DORADO, Carmen, Op. Cit.

A la edad de 27 años, en Febrero de 1990, Terri se desmaya en su departamento, despertando a su marido quien llama a los servicios de emergencia. Sin embargo la falta de oxígeno en el cerebro provocó su entrada a un estado comatoso.

La causa del desmayo fue un ataque cardiaco provocado presumiblemente por una severa bulimia producto de dietas estrictas (y las consecuencias que conllevan la falta de proteínas y potasio), sufriendo daños cerebrales que le provocaron un estado vegetal irreversible, manteniéndose con vida exclusivamente por alimentación intravenosa y ventilación mecánica. Pese a que logró salir del estado comatoso, no recobró la conciencia.

Por lo anterior, su marido, decide que sea desconectada de los medios que la mantenían con vida, ante lo cual la familia de Terri se opuso. Esto desembocó en una batalla judicial que duró muchos años, hasta que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechaza la apelación de la familia de Terri.

En una entrevista concedida a un canal de televisión Michael Schiavo señaló “Mi mujer me dijo que no hubiese querido que se le permitiera vivir en ese estado, y voy a cumplir su deseo.”

Transcurridos 15 años en estado vegetal, es desconectada y fallece 10 días después en marzo del 2005.

La autopsia reveló que Terri se encontraba en un estado vegetativo persistente, y que presentaba daño cerebral masivo e irreversible, pesando 615 gramos apenas, la mitad de un cerebro humano normal.⁹⁹

b. Legislación y doctrina aplicada.

Este caso fue resuelto por el tribunal del condado de Pinellas en el Estado de Florida el año 2003. Se resolvió que se autorizaba a quitarle la

⁹⁹ Fuentes:

- “Autopsia de Terry Schiavo mostró que tenía daño cerebral masivo” Diario El Mercurio, 15.06.2005 [Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/internacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=185590>]
- “Corte Suprema decide dejar morir a Terry Schiavo”, Diario El Mercurio, 24.03.2005 [Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/internacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=177021>]
- “Autopsia de Terry Schiavo mostró que tenía daño cerebral masivo”, Website Radio Cooperativa, 15.06.2005 [Disponible en: http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20050615/pags/20050615135413.html]

sonda, bajo el argumento de que ella nunca hubiese querido vivir de la forma en la que lo estaba haciendo.

El litigio continuó dado que los padres de Terri solicitaron su custodia y que se volviese a conectar a la sonda, solicitud que fue denegada.

Los principios que fueron aplicados en este caso son:

- El derecho constitucional a escoger que se extiende al paciente incapaz (*Privacy*).
- Su voluntad de no querer vivir en un estado vegetativo persistente.
- Decisión sustituta a cargo de un tercero (ya sea pariente, juez o marido, como este caso), relativo a la igualdad de trato entre pacientes capaces e incapaces.

En definitiva, en Estados Unidos está consagrado el derecho del paciente a rehusar tratamientos médicos. Pero el auxilio al suicidio está penalizado como homicidio en segundo grado.

2. España.

Ramón Sampedro.

a. Presentación del caso.

Ramón Sampedro nace el 5 de enero de 1943 en España. A la edad de 18 años decide integrarse a la marina mercante a fin de conocer diversas partes del mundo. Cuando tenía 25 años sufrió el accidente que lo dejaría tetrapléjico de por vida, al lanzarse al mar desde una roca.

Su caso reviste relevancia puesto que se le conoce como el primer ciudadano en España en requerir la eutanasia, dada su incapacidad de poder cometer suicidio.

Luego de una intensa lucha judicial sin resultados, dado que el Código Penal español prescribe como delito el auxilio al suicidio, Ramón muere el 12 de enero de 1998 por envenenamiento de cianuro potásico. En principio se acusó a Ramona Maneiro, amiga de Sampedro, pero no se le

pudo juzgar por falta de pruebas. Una vez que el delito prescribió, Ramona confesó que su ayuda fue efectiva.¹⁰⁰

b. Legislación y doctrina aplicada.

Sampedro solicitó 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 de 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”.¹⁰¹

¹⁰⁰ Fuentes:

- “Una confesión real sobre una vida de película”, Diario El Clarín, 12.01.2005, Florencia Gilardón. [Disponible en: <http://edant.clarin.com/diario/2005/01/12/conexiones/t-902861.htm>]
- Diario El País [www.elpais.com]

¹⁰¹ VIVANCO, Angela “Bien morir, análisis crítico de jurisprudencia constitucional y penal” Revista Ars Médica, Vol 2 N° 2; Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000. ASOCIACIÓN DERECHO A MORIR DIGNAMENTE; Testamento de Ramón Sampedro, [Disponible en: www.eutanasia.ws/dmdRamonSampedro.html].

El fiscal a cargo consideró que el artículo 409 del Código Penal Español, que pena al que “prestare auxilio o induzca a otro a que se suicide”, era un impedimento para la pretensión de Sampedro.

En base a los antecedentes del caso, el juez resolvió en 1993 rechazar la solicitud, en base a los siguientes argumentos:

- Sentencia del Tribunal Constitucional español (nº53/1985): 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”.
- En consecuencia, el derecho a la vida no se puede configurar “como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. No es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte.
- Artículo 409 del Código Penal Español contrario a la pretensión.¹⁰²

¹⁰² *Ibíd.*

En la apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, se confirmó el fallo de primera instancia:

- Se añadieron razonamientos incluso de índole moral religiosa (aludiendo al ordinal nº 2279 del Catecismo de la Iglesia Católica).
- Consideró que no debía pronunciarse respecto al deseo del actor de que se le respete el no ingerir alimentos, toda vez que “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, hace un llamado al poder legislativo de pronunciarse respecto al tema de fondo, que es la regulación de la eutanasia.

Al accionar de amparo, se declaró inadmisibile, toda vez que por una razón de forma (no había agotado todas las instancias judiciales), no correspondía la deducción del recurso.

En definitiva, tanto en los criterios jurisprudenciales como en la legislación española se evidencia un serio conservadurismo en lo relativo a

la protección de la vida, arguyendo incluso razones de moral religiosa. Por ende, es difícil que exista mayor apertura a la aceptación de la eutanasia si es que no se realizan cambios desde el poder legislativo.

3. **Francia.**

Chantal Sébire.

a. Presentación del caso.

Chantal Sébire nace el 28 de enero de 1955 en Francia. Siendo profesora, desarrolló un rarísimo tipo de cáncer nasal (estesioneuoblastoma) que mundialmente, sólo se han reportado 200 casos en los últimos 20 años. Producto del cáncer sufrió graves desfiguramientos faciales, ceguera progresiva, intensos dolores e invalidez parcial.

En 2008 hizo un llamado público al presidente Nicolas Sarkozy para que le permitiese realizar la eutanasia y detener sus severos padecimientos. En marzo de ese mismo año, los tribunales franceses le niegan la eutanasia.

Dos días después a la denegación judicial (19 de marzo de 2008), es encontrada muerta en su hogar. Posterior a la autopsia se revela que el suicidio fue por causa de barbitúricos.

Su caso reviste importancia dado que reabrió en Francia el debate sobre la eutanasia activa, permitió la revisión de la ley sobre cuidados paliativos y derechos del paciente, y generó discusión parlamentaria y debate público tanto a nivel nacional como internacional.¹⁰³

b. Legislación y doctrina aplicada.

Chantal Sébire, en su presentación ante los tribunales, recalcó el carácter de incurable de su enfermedad, el sufrimiento “intenso y permanente”, y el rechazo a soportar “la irreversible degradación de su estado”. También apeló a la humanidad de los jueces, que tenían la facultad

¹⁰³ Fuentes:

- “France rejects right-to-die plea”, BBC News, 17.03.2008, [Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/7301566.stm>].
- “Chantal Sébire aparece muerta en su casa”, 19.03.2008, [Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Chantal/Sebire/aparece/muerta/casa/elpepusoc/20080319elpepusoc_9/Tes].
- Diario El Mercurio [www.emol.com].

de poner fin a su estado mediante la orden de suministrarle medicina letal.¹⁰⁴

El 17 de marzo de 2008 el Tribunal de Gran Instancia de Dijon denegó el recurso al suicidio asistido que había solicitado. Los fundamentos del fallo señalan que la solicitud se opone al código deontológico médico y al Código Penal Francés.

El Código Penal Francés no regula la eutanasia. Se asimila al homicidio del artículo 221.1 ("el acto de someter a una persona a tortura o actos de atroces se penaliza con 15 años de cárcel") lo que puede ser agravado por la premeditación (221.3).

Sin embargo, dado que en Francia la atribución de juzgar radica en jurados, "suelen ser, en este tipo de casos, más susceptibles a los argumentos de las defensas"¹⁰⁵. Por ende, la sensibilidad del pueblo

¹⁰⁴ ISLAS MONTES, Roberto, "El caso distinto: un caso para el juez constitucional", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010, p. 5

¹⁰⁵ NUÑEZ PAZ, Miguel Angel "La Buena Muerte, el derecho a morir con dignidad", Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 198.

Francés, pese a que la ley no sea acorde a ella, es entender y aceptar la eutanasia activa.

4. **Inglaterra.**

Diane Pretty.

a. Presentación del caso.

Diane Pretty nace en noviembre de 1958 en Reino Unido. Fue diagnosticada con esclerosis lateral amiotrófica, una enfermedad de la neurona motora (MND siglas en inglés) degenerativa, que la dejó en estado parapléjico irreversible, con asistencia respiratoria y alimenticia. Posteriormente la enfermedad empeoró, haciéndole dificultosa tanto su movilización como su comunicación, pese a que sus facultades mentales seguían en perfecto estado.

Siendo cuidada por enfermeras y su marido, decide que desea morir. Sin embargo, su incapacidad de movimiento le impedía realizar el acto suicida. Dado que en Reino Unido el auxilio al suicidio es penado (Suicide

Acts 1961) tampoco podía pedirle a su marido ayuda (algo que señaló hubiese hecho).

Diane Pretty muere en mayo de 2002, a la edad de 43 años, producto de un deterioro de su corazón como consecuencia de meses de problemas respiratorios y pulmonares.¹⁰⁶

b. Legislación y doctrina aplicada.

Diane solicitó inmunidad penal para su marido si la auxiliaba para suicidarse. Si se le negaba esta opción, equivaldría a someterla a un tratamiento de forma obligada, lo que sería contrario a cinco artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos, “el segundo, sobre el derecho a la vida; el tercero, sobre la prohibición de tratos inhumanos o degradantes; el octavo, sobre el respeto a la vida privada y familiar; el noveno, sobre la libertad de conciencia; y el decimocuarto, sobre la prohibición de discriminación, y sacaba la conclusión de que, si la Convención garantiza el

¹⁰⁶ Fuentes:

- “Diane Pretty: The fight continues”, BBC News, 29.11.2001, [Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1682321.stm>].
- “Diane Pretty dies”, BBC News, 12.05.2002, [Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1983457.stm>].

derecho a la vida, también debe garantizar el de poder morir en el momento deseado.”¹⁰⁷

La solicitud fue rechazada tanto por el Tribunal de primera instancia como por la Cámara de los Loes. Cuando se apeló ante la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, también se le denegó, aludiendo que “el artículo 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”

“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”

Para el Tribunal Europeo, no existe un derecho fundamental a la muerte.

¹⁰⁷ “Estrasburgo rechaza la petición de Diane Pretty de que su marido la ayude a morir”, Diario El País, 30.04.2002, Octavi Martí, [Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Estrasburgo/rechaza/peticion/Diane/Pretty/marido/ayuda/morir/elpepisoc/20020430elpepisoc_8/Tes].

“Los jueces no descartan que la muerte que amenaza a Diane “represente un daño” al respeto a su vida privada, pero no ven desproporcionado que el sistema legal británico se niegue a comprometerse a no perseguir a Bryan en caso de ayudar a morir a su mujer. También rechazan los magistrados que se viole el derecho a la libertad de conciencia, puesto que el 'principio de autonomía' esgrimido por la demandante no tiene 'nada que ver con la manifestación de una religión o una convicción de culto”.

Finalmente, se esgrime como argumento contrario la igualdad ante la ley de los ciudadanos.”¹⁰⁸

5. **Italia.**

Eluana Englaro.

a. Presentación del caso.

Eluana Englaro nace el 25 de noviembre de 1970 en Lombardía, Italia. En enero de 1992, a la edad de 21 años, sufre un accidente de tránsito cuando se disponía a regresar luego de ir a una discoteca, que la

¹⁰⁸ Referencias al fallo extraídas de Diario El País [Disponible en: www.elpais.com].

deja en coma y con graves lesiones cerebrales. Al quedar en estado vegetativo irreversible, se le proporciona alimentación e hidratación artificial.

En 1997, pasados cinco años sin mejorías clínicas de su condición, el padre de Eluana, decide iniciar un proceso judicial para poder desconectar a Eluana de los suministros que la mantenían con vida, puesto que según él, ella había manifestado con anterioridad al accidente su voluntad de no permanecer con vida en condiciones como las que presentaba.

El Tribunal de Lecco (localidad donde se encontraba el hospital que albergaba a Eluana) deniega lo peticionado, ante lo cual se interponen otras dos acciones más ante el Tribunal de Milán y el Tribunal Supremo de Italia, que de la misma forma resultaron desfavorables. En 2008, el Tribunal de Apelación de Milán concede la autorización para desconectar a Eluana, lo que es confirmado por el Tribunal Constitucional de Italia.

Pese a la decisión de la Justicia, hubo diversas manifestaciones políticas contrarias a ésta: El Ministerio de Sanidad envía una circular

prohibiendo a centros tanto públicos como privados acoger la muerte de Eluana, por ende, la Clínica donde estaba internada decide no proceder con la desconexión (siendo trasladada a otra clínica). De la misma forma, el Primer Ministro italiano anuncia un decreto para impedir el cumplimiento de la sentencia judicial, lo que no es apoyado por el Presidente toda vez que se presentará un proyecto de Ley.

El 9 de febrero de 2009, luego de 17 años en estado vegetativo permanente, y posterior a una desconexión parcial y luego permanente de los medios que la mantenían con vida, fallece, en medio de la discusión de la ley de testamento vital, que obliga a alimentar a quienes no pueden hacerlo por sí mismos.¹⁰⁹

A la par del debate jurídico y político, también se produce un fuerte debate mediático. Giuseppe Englaro afirmó con anterioridad a la muerte de Eluana al diario "Corriere della Sera" que "si mucha gente viera una fotografía de Eluana en la actualidad se callarían, pero no lo haré jamás".

¹⁰⁹ "Cronología del caso de Eluana Englaro", Noticias RTVE, 08.02.2009, [Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20090208/cronologia-del-caso-eluana-englaro/229407.shtml>].

Según Il Corriere, “Eluana pesaba 40 kilogramos, los brazos y las piernas las tenía encogidas, podía yacer sólo de lado porque con el vientre hacia arriba podía ahogarse por los líquidos que le fluían de un estómago atrofiado. Permanecía apoyada sobre el lado derecho del cuerpo lo que le causaba llagas y laceraciones en la piel, que tenía hasta en la cara, agrega. Se le habían afilado las facciones del rostro y los párpados permanecían perennemente medio cerrados.”¹¹⁰

Asimismo, hubo gran debate en el mundo científico, siendo particularmente interesante una intervención de un grupo de destacados neurólogos de Italia, quienes enviaron una carta al Tribunal Supremo de Italia señalando "el paciente en estado vegetativo no necesita máquinas para seguir viviendo. No está conectado a ningún enchufe". "No es un enfermo en coma, ni un enfermo terminal, sino un discapacitado grave que sólo necesita a una atenta asistencia básica, como sucede en otras muchas situaciones de lesiones graves de algunas partes del cerebro que limitan la capacidad de comunicación y de auto-sostenimiento".

¹¹⁰ “Padre de Eluana Englaro se despide de su hija tras años de batalla legal”, 10.02.2009, [Disponible en: <http://www.rpp.com.pe/detalle.php?nid=163369>]

“La nutrición y la hidratación del paciente, aunque sean asistidas, no pueden confundirse con un tratamiento médico, sino que constituyen desde siempre los elementos fundamentales de la asistencia, precisamente porque son indispensables para toda persona humana, sana o enferma. El tubo por el que se le ofrece la alimentación no altera esta verdad elemental, puede ser comparado más bien con una prótesis u otro tipo de ayuda.”¹¹¹

Por lo anterior, es posible considerar el caso de Eluana Englaro como uno de los más nutridos y desarrollados doctrinalmente, dada la gran cantidad de intervenciones de diversos sectores de la sociedad: político, jurídico, científico, religioso, entre otros.

b. Legislación y doctrina aplicada.

¹¹¹ COLINA, Jesús, “Prestigiosos neurólogos abogan por la vida de Eluana Englaro”, 14.08.2008, [Disponible en: <http://www.hazteoir.org/node/13731>]. Carta disponible en Seminario Alfa y Omega: http://www.alfayomega.es/revista/2008/604/12_mundo1.html (firmada por especialistas como Gian Luigi Gigli, profesor de Neurología de la Universidad de Udine; Sergio Barbieri, director de Neurofisiopatología del Hospital Mayor de Milán y profesor en la Universidad de Milán; Dario Caldiroli, director de Neuroanestesia en el Instituto Neurológico Besta de Milán)

Ante la negativa del hospital donde se encontraba internada Eluana de desconectarla de la hidratación y alimentación artificiales, su padre interpuso una acción judicial a fin de lograr su pretensión.

La Audiencia Provincial de Milán falló a favor del padre de Eluana, ante la extraordinaria duración de su estado vegetativo.

Como criterios para decidir, se tuvo en cuenta "la visión de la vida" de Englaro, 'irreconciliable', señala, con la pérdida total e irreversible de las facultades psíquicas y con la supervivencia 'sólo biológica de su cuerpo.'"¹¹²

El Tribunal Supremo mandó repetir el juicio, señalando que tenían que concurrir dos circunstancias para interrumpir la alimentación, "probar que el estado vegetativo es irreversible y comprobar que Eluana, de haber podido elegir, habría preferido no seguir con el tratamiento." Se mantiene

¹¹² "Autorizan en Italia un caso de eutanasia", Diario La Nación Argentina, 10.07.2008, [Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1028909-autorizan-en-italia-un-caso-de-eutanasia>].

además, el criterio del derecho de los pacientes a rechazar o suspender un tratamiento médico.¹¹³

En Italia tanto el homicidio a ruego como la inducción y ayuda al suicidio están penados.

Análisis comparativo de ambos sistemas.

En el derecho nacional se hace imposible hablar de puntos a favor o en contra, dada la falta de pronunciación respecto a la eutanasia en nuestro sistema. En definitiva, constituye un hecho negativo, puesto que por razones de índole moral-religiosa predominantes en nuestros legisladores y la gran influencia de sectores religiosos existentes, se evita la discusión siempre necesaria para efectos de contrastar opiniones y permitir que nuestra legislación avance en pos del bien común nacional.

En el derecho comparado es posible constatar que los criterios utilizados en los países que denegaron las solicitudes de eutanasia son:

¹¹³ ZUÑIGA F., Alejandra, “La justicia frente a las decisiones médicas”, Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso, II Semestre, 2009, p. 21.

- La protección del derecho a la vida como carga para los poderes públicos (Inexistencia de un derecho fundamental a la muerte).
- Penalización de formas de delito equivalentes al auxilio al suicidio. Contrariedad a Lex artis.
- Derecho a la autonomía y libertad de conciencia restringidos a la manifestación de una religión o convicción de culto (utilizando incluso fundamentos de índole moral religiosa).

En los países que dieron lugar a las solicitudes de los pacientes, se pudo constatar el establecimiento de los siguientes criterios:

- Derecho a la intimidad y autonomía personal como predominantes ante el interés estatal, en base a una ponderación de intereses, donde a medida que la enfermedad del paciente avanza y el pronóstico empeora, el derecho a la autonomía aumenta en relación con el interés estatal.
- Derecho a la igualdad de trato, ejercitado por los ciudadanos en situación de incompetencia, incapaces de expresar su opción de recibir o

rechazar un tratamiento médico (en base a la decisión sustituta de un tercero)

- Voluntad del paciente de no querer vivir en estado vegetativo permanente.

El establecimiento de criterios es un punto a favor para el derecho comparado, toda vez que permite estandarizar los casos y dar un lineamiento a los jueces a fin de que puedan dictar un fallo en circunstancias donde la ley no se ha pronunciado, o lo ha hecho sólo respecto a la tipificación de delitos relacionados a la eutanasia (y que no hacen referencia a ella en particular).

Propuestas para legislar.

Como requisito a priori que debería tener cualquier ordenamiento jurídico que deseara regular materias relacionadas a la eutanasia, consideramos fundamental el modificar el artículo 393 del Código Penal, de modo que dada la concurrencia de las condiciones de procedencia de la eutanasia, no se penalizara su realización.

Para una legislación nacional, consideramos interesante seguir los criterios del derecho comparado e incorporarlos en nuestro ordenamiento jurídico, en el Código Sanitario con mayor precisión (como el proyecto de los diputados Fulvio Rossi y Juan Bustos del año 2006).

Una vez incorporados, según nuestro parecer es menester que las solicitudes de eutanasia no se tramiten en la justicia ordinaria, toda vez que ralentizaría el proceso en desmedro del paciente. Parecería razonable entonces que la solicitud se aprobase si es que concurriesen determinados requisitos, evaluados por el médico a cargo del paciente, con posterior sometimiento a una comisión especializada. No se trataría de evaluar la moralidad de la eutanasia, sino de simplemente evaluar la concurrencia de los supuestos.

Los requisitos o criterios necesarios a considerar serían:

- 1) Voluntad manifestada del paciente de no querer vivir en condiciones de sufrimiento o en estado vegetativo permanente. Sugerimos la creación de registros de la misma forma como la que se utiliza

actualmente para expresar la voluntad de donar órganos (consentimiento manifestado en la cédula de identidad). Sin embargo, este registro no debería ser el único medio, ya que además debiesen ser tomados en cuenta otros medios de prueba.

2) Paciente en estado vegetativo permanente o en sufrimiento irremediable, sin posibilidades de sanar (estado terminal).

Cabe señalar que esta solicitud podría ser ejercida por terceros relacionados con el paciente (si es que no estuviese habilitado para consentir) tomando en consideración que el consentimiento a la eutanasia y la voluntad de no vivir en las condiciones señaladas anteriormente fueron expresadas en el registro.

Finalmente, es menester considerar la ponderación de intereses como fundamental. El interés estatal de mantener con vida al paciente debe disminuir de forma efectiva a medida que el padecimiento del paciente avanza y el pronóstico se hace menos alentador.

2. CUIDADOS PALIATIVOS. EN PARTICULAR LEY N° 20.584.

En principio, podemos entender a la eutanasia como “la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de invalidez irreversible en el estado actual de la ciencia médica y desea poner fin a sus sufrimientos, así como a las situaciones en que aquel no puede manifestar su voluntad o no puede ser tenida en cuenta por cualquier motivo.”¹¹⁴

En palabras de Roxin, eutanasia es 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.¹¹⁵

Para la doctrina tradicional cristiana, toda eutanasia es intrínsecamente mala, constituyendo suicidio u homicidio según los casos, incluso más aún es intrínsecamente inmoral y contraria al derecho natural,

¹¹⁴ ROMEO, CASABONA, Carlos, María, Op. Cit. p. 425

¹¹⁵ ROXIN, Claus, “Tratamiento jurídico penal de la eutanasia”, p.2.

porque, según este punto de vista, la muerte que la procura el enfermo, se trata de un suicidio y si se la da otro, de un homicidio, y ambos casos son intrínsecamente malos, ya que “Dios es el autor de la vida humana y el que le asigna sus objetivos y su último fin; sólo Él puede disponer de ella.”¹¹⁶

La postura tradicional cristiana es bastante debatible, pero se puede llegar a un consenso en los siguientes puntos:

- a) No hay eutanasia en la omisión de medios extraordinarios. No debe calificarse de eutanasia a la renuncia de los medio extraordinarios de conservación de la vida, que se hace por dificultad que importan, o el poco beneficio que reportan los riesgos que traen consigo, por ejemplo no hay eutanasia si se desconecta de un respirador artificial a un enfermo en estado vegetativo persistente que no reportará mayor beneficio para éste.¹¹⁷ Según Beauchamp y Childress, la distinción entre medios ordinarios y extraordinarios queda reducida a la evaluación de beneficios y perjuicios, donde se incluyen los daños inmediatos, los inconvenientes, el riesgo de lesión y otra serie de

¹¹⁶ UGARTE, GODOY, José Joaquín, Op. Cit. p. 212.

¹¹⁷ *Ibíd.*

perjuicios, lo que lleva a concluir que la distinción “es moralmente irrelevante y que debería ser reemplazada por tratamientos optativos y obligatorios, en función de los riesgos y los beneficios que suponen para el paciente.”¹¹⁸

b) Otro punto interesante, “es que no hay eutanasia al oponerse al llamado “encarnizamiento terapéutico” que consiste en intentar prolongar artificialmente la vida en condiciones miserables, difiriendo una muerte cierta e inminente a costa de tratamientos crueles, dolorosos, onerosos e inútiles y privando al enfermo de la serenidad y de la compañía de los suyos que tiene derecho es sus últimos momentos.”¹¹⁹

Según el tipo de eutanasia de la cual se trata, es la calificación penal que tendrá. Tratándose de la eutanasia indirecta se considera, por lo general lícita, pues no está dentro de la intencionalidad del autor el acortamiento de la vida, sino únicamente aliviar el sufrimiento, es decir, se trata, de lo que algunas teorías éticas, denominan regla del “doble efecto”, “esta regla pretende especificar las condiciones del principio de no maleficencia en

¹¹⁸ BEAUCHAMP, Tom, CHILDRESS, J.F, Op. Cit. p. 191.

¹¹⁹ UGARTE, GODOY, José Joaquín, Op. Cit. p. 213.

aquellas situaciones en que el agente es incapaz de evitar todos los daños posibles y aún así obtener importantes beneficios.”¹²⁰

Respecto a la eutanasia indirecta, existe un tema bastante interesante de tratar, el del alivio del sufrimiento, ya que el tratamiento del dolor es una de las funciones propias de la Medicina, en consecuencia, la administración de fármacos o la aplicación de aparatos para combatir el dolor o mitigarlo en enfermos terminales dentro de los cauces de la prudencia señalados no supone una infracción del cuidado objetivamente debido, ni el eventual adelanto de la muerte constituiría un hecho típico culposo punible.

En estos casos “la voluntad del interesado es determinante, tanto es la asunción del riesgo que supone el tratamiento, si ha consentido, como si rechaza, excepcionalmente, toda medida paliativa mitigadora del dolor, decisión que deberá ser igualmente respetada.”¹²¹ Estos cuidados paliativos están destinados a mantener y a mejorar las condiciones de vida de los pacientes cuyas enfermedades no responden, por más tiempo, al tratamiento curativo. “Intentan controlar, no solo el dolor y otros síntomas molestos,

¹²⁰ BEAUCHAMP, Tom, CHILDRESS, J.F, Op. Cit. p. 196.

¹²¹ ROMEO, CASABONA, Carlos María, Op. Cit. p. 431.

sino también el sufrimiento, para conseguir que estos enfermos vivan con plenitud sus últimos meses o días, y tengan una buena muerte.”¹²²

Este aspecto de la medicina se asemeja al término eutanasia lenitiva, que consiste en la aplicación de fármacos para aliviar el sufrimiento de un paciente terminal, y que tal vez cumple en mejor forma con el requisito esencial de disminuir el sufrimiento del enfermo sin intención de ocasionarle su muerte, “aun conociendo la reducción de la vida por efecto de los remedios o tratamientos aplicados por misericordia para mitigar su dolor.”¹²³

La eutanasia y los cuidados paliativos, son formas distintas de afrontar un mismo problema, mientras la eutanasia significa contar con la decisión personal de acabar con la propia vida, cuando los sufrimientos de la enfermedad se hacen insoportables, mediante la administración de fármacos se logra la sedación y sin solución de continuidad, la muerte. Por otro lado, los cuidados paliativos ofrecen un cuidado activo, dirigido por un

¹²² TOMÁS, GARRIDO, Gloria, María, Op. Cit. 452.

¹²³ ROMO, PIZARRO, Osvaldo, Medicina Legal: Elementos de Ciencias Forenses, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 648.

equipo multidisciplinario que mediante distinto tipo de recursos se harán cargo de todos los tipos de sufrimiento “sin buscar modificar intencionadamente el curso temporal de la enfermedad.”¹²⁴

La postura de los cuidados paliativos es que una persona que solicita la muerte acuciado por un sufrimiento intenso, físico o psíquico no es libre para tomar decisiones, puesto que el propio sufrimiento se convierte en el centro de su vida impidiéndole pensar con libertad, por lo que la eutanasia sería el resultado de un grito desesperado de alguien que no está tomando decisiones libres, por lo que la eutanasia no estaría siendo la solución adecuada para el sufrimiento humano.

En este sentido, resulta interesante promocionar la implantación de Unidades de Cuidados Paliativos para atender a los enfermos terminales, sin posibilidad de recuperación, que quieren cuidados técnicos que van más allá de las posibilidades de los familiares y que además necesitan de la dedicación humana tan necesaria en este tipo de situaciones. Una iniciativa conocida son los “*hospices*” británicos, hospederías o centros, en los cuales

¹²⁴ *Ibíd.* p. 460.

se atiende a los pacientes terminales en un clima familiar, pero que están dotados con todas las capacidades para atender las necesidades derivadas del dolor que pudieran aparecer.

En la década de los ochenta el movimiento “*hospice*” fue incrementado el número de centros y además han surgido nuevas formas de aplicación de sus principios, tales como las unidades de hospitalización dentro de los grandes hospitales, conocidos como cuidados paliativos, o los equipos de cuidados a domicilio, los de soporte y control de los síntomas y “los llamados “hospitales de día”, que conservando los mismos principios de actuación intentan disminuir el costo de estos programas que tiende a dispararse no sólo por lo que en sí mismo representan, sino por el incremento de los efectivos necesitados de estos programas: enfermedades degenerativas, envejecimiento de la población, incremento de enfermos de cáncer y, más aún, de Sida.”¹²⁵

En Chile, el 24 de Abril de 2012, se publica la ley que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones

¹²⁵ CASADO, GONZÁLEZ, María, Op. Cit. p. 54.

vinculadas a su atención de salud. En esta ley, en particular en su artículo 16, se hace referencia expresamente al derecho que tiene una persona en estado terminal, a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. Eso sí, se aclara que bajo ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

También la ley se hace cargo de los cuidados paliativos al establecer que las personas que se encuentren en este estado (terminal) 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 a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual. Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación.

3. TESTAMENTO VITAL E INSTRUCCIONES DE NO RESUCITACIÓN O SOBREVIDA ARTIFICIAL DEJADAS EN VIDA.

El estado de coma y el estado vegetativo son situaciones en las que el individuo esta inconsciente, pero mantiene la necesaria actividad de los sistemas cardiorrespiratorios de forma autónoma, aunque en algunos casos se le ayude a respirar con un aparato que le inyecta aire en los pulmones. El estado de coma no es una enfermedad sino un trastorno cerebral que puede producirse en diversas enfermedades y lesiones que afecten el cerebro.

La capacidad cerebral para mantenernos despiertos y conscientes depende de la interacción funcional entre la corteza, el tálamo y el tronco cerebral. Un trastorno grave y amplio en la corteza, una lesión en el tronco cerebral, o ambos a la vez, produce el estado de coma. Por otro lado, el estado vegetativo crónico es el resultado de una grave lesión cerebral, tras un traumatismo o un fallo en la llegada de oxígeno al cerebro, pero que igual permite el mantenimiento de las funciones vegetativas, cardiocirculatoria, digestiva, regulación térmica y otras. Además de estas

funciones que se mantienen con autonomía o poca ayuda, el paciente también conserva períodos alternados de sueño y vigilia, pero en cambio no es capaz de ordenar respuestas motoras, de hablar, de seguir un objeto con la mirada, de controlar esfínter, y además desarrolla una actitud rígida en flexión que recuerda a la posición fetal. El paciente no recupera la consciencia, aunque abra y cierre los ojos con una mirada perdida, emita ruidos vocales o haga movimientos involuntarios, sin conectar, comprender ni obedecer órdenes del mundo exterior. En esta situación el individuo pasó de estar en coma a estar en estado vegetativo, sus funciones vitales se conservan, pero su cerebro no recupera la capacidad para la consciencia.

En relación a estas condiciones, en donde no existe capacidad de consentimiento, es necesario referirnos al llamado “testamento vital”, concepto utilizado en Estados Unidos, mediante el cual se reconoce el derecho a la persona adulta sana de mente a dar instrucciones escritas a su médico “para interrumpir o retirar procedimientos de mantenimiento de la vida en el evento de una situación terminal, es decir, de que la muerte va a producirse, de acuerdo con el razonable juicio del médico, y de que tales

procedimientos sólo van a lograr posponer la muerte”.¹²⁶ En el Estado de California, Estados Unidos, el testamento vital puede ser revocado por cualquier procedimiento y su efectividad tiene una duración máxima de cinco años desde que se firmó el documento. Este tipo de documentos logran un reconocimiento legal, lo cual facilita la decisión del médico cuando se encuentra en una situación de difícil elección, es realmente útil cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, puede llegar a implicar una restricción del ámbito de licitud de la eutanasia pasiva o interrupción del tratamiento, pues sólo es válido el documento para situaciones terminales irreversibles inminentes, pero no es válido para otras situaciones de eutanasia pasiva.

Por lo tanto el testamento vital, como también lo poderes notariales permanentes ayudan a proteger el derecho a la autonomía y pueden reducir la tensión a la que se encuentran sometidos tanto los familiares como médicos que temen adoptar una decisión incorrecta, pero también dan lugar a problemas prácticos y morales. Primero porque son pocas las personas que los otorgan o dejan estas instrucciones, en segundo lugar, el sustituto

¹²⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María, Op. Cit. p. 461.

designado puede no estar disponible cuando se le necesita, puede resultar incompetente para la toma de decisiones o puede tener un conflicto de intereses, en tercer lugar, los pacientes que cambian de opinión sobre los tratamientos a veces no consiguen modificar sus directivas y algunos de los que se vuelven incompetentes protestan sobre la decisión del asunto, en cuarto lugar, a menudo las leyes estatales (estadounidenses) restringen estrictamente el uso de directivas previas, en quinto lugar, las directivas previas no permiten que los profesionales médicos modifiquen las instrucciones que van en contra de los intereses del paciente y por último, algunos pacientes no son conscientes de la magnitud y la variedad de decisiones que un sustituto o profesional sanitario puede tomar.¹²⁷

A pesar de estos problemas, la directiva previa sigue siendo un método prometedor de ejercicio del derecho a la autonomía para las personas competentes.

Siguiendo esta línea, resulta interesante mencionar determinados aspectos del caso “Nancy Cruzan”, que en 1990 llegó a la Corte Suprema

¹²⁷ BEAUCHAMP, Tom, CHILDRESS, J.F, Op. Cit. p. 230.

federal de Estados Unidos, en donde por primera vez se pedía la interrupción de tratamientos vitales.

Nancy Cruzan se encontraba inconsciente desde 1983, año en el cual sufrió un grave accidente automovilístico. La decisión final de la Corte fue la de denegar la petición de los padres de Nancy Cruzan de retirar el tubo de gastronomía, a través del cual la paciente se hidrataba y alimentaba artificialmente, decisión que se resolvió estrechamente por 5 votos contra 4.

Los argumentos de la postura minoritaria son importantes de analizar, el juez Brennan razona de la siguiente forma: “la tecnología médica ha creado una zona oscura, donde por momentos se confunden los límites entre la vida y la muerte, una situación, frente a la que algunos pacientes expresan que no desean una vida sustentada en esa tecnología médica” prefiriendo en cambio que se “respete el curso de la naturaleza y para poder morir con dignidad”; Nancy Cruzan – dijo- tiene un tratamiento de soporte vital no deseado, “ella está facultada para elegir morir con dignidad,

derecho que le ha sido negado por la decisión de la Corte (de Missouri)”¹²⁸. “En síntesis, para el juez Brennan todo tratamiento médico debe ser analizado desde la óptica del beneficio potencial para el paciente, y desde tal perspectiva es que en este caso considerará pertinente el pedido de los padres de Nancy Cruzan.”¹²⁹

Para terminar nombraremos los aspectos relevantes de este fallo:¹³⁰

- 1) No es obligatorio, ni necesariamente bueno todo tratamiento para cualquier paciente, sólo se justifica aquel que logre algún beneficio y no una carga.
- 2) La vida en su dimensión meramente biológica, no es un valor absoluto.
- 3) Ante la presencia de pacientes incompetentes o inconscientes, es necesario el nombramiento de tutores, si no se han nombrado el subrogante natural es la familia del paciente.
- 4) La hidratación y alimentación artificial sólo debe aplicarse esperando que se produzca un beneficio real para el paciente, es importante

¹²⁸ HOOF, Pedro Federico, “Bioética y Derecho Humanos: temas y casos” Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 88.

¹²⁹ *Ibíd.* p. 89.

¹³⁰ *Ibíd.* p. 91.

resaltar que el paciente en estado vegetativo no padece hambre ni sed.

- 5) La decisión de retiro de tratamientos de soporte vital debe tomarse considerando los elementos anteriormente nombrados, ya que la no suspensión sólo constituye la postergación de la muerte, lo cual es una carga adicional para todos los involucrados.
- 6) Es importante siempre recordar que el paciente es una persona y que por lo tanto se le debe respeto y resguardo a sus derechos fundamentales.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES.

Esta memoria ha pretendido realizar un estudio respecto a la discusión en torno a los criterios de muerte y de su respectiva dignidad, demostrando que la cuestión no está del todo resuelta.

El debate en nuestro país tiene escasa repercusión desde el punto de vista de la opinión pública, pero dentro del campo de los profesionales médicos, el tema ha sido extensamente tratado. Posiblemente, las aún débiles alternativas a los criterios actualmente utilizados –ya sea por motivos científicos como éticos-, ha retrasado la discusión a nivel masivo.

Si se supera este aspecto, el criterio de muerte podría ser un tópico tan en boga como el aborto, ya que a diferencia de estas situaciones, que eventualmente no afectan al total de la población, la muerte es inherente a todo ser vivo.

La muerte cerebral, criterio imperante en gran parte del mundo hasta ahora, incluido Chile, no ha eliminado el antiguo concepto de que el corazón es la fuente de la vida, y que por tanto, establece que el paro cardiorrespiratorio es la forma de determinar que un individuo ha fallecido.

Es más, si bien hay autores que discuten que existe una muerte que pueda llamarse natural, y la mayoría de los médicos reconoce que el concepto de muerte no puede ser exclusivamente médico; gran parte de la población –incluyendo muchos profesionales del área de la salud-, sigue teniendo esta concepción arraigada por varios siglos. En este sentido, la muerte encefálica ha surgido en tiempos relativamente recientes –ni siquiera ha cumplido un siglo-, por lo que es lógico que la mayoría de la sociedad no la conozca plenamente.

No se debe olvidar que el criterio de muerte cerebral tiene como sustrato básico el desarrollo tecnológico y los avances médicos en cuanto al monitoreo de las funciones encefálicas. Esto incide en que el criterio no coincida con nuestra idea “intuitiva” de morir. Sin embargo, aún no está todo dicho, y la neurología seguramente seguirá haciendo importantes

aportes que incidirán inevitablemente en la modificación de lo que hoy se entiende como muerte cerebral.

Asimismo, no es posible descartar que la muerte cerebral no sea sustituida del todo, sino que se perfeccione, como lo han pretendido la mayoría de las propuestas alternativas, algunas de las cuales han sido revisadas con ocasión de esta memoria. Si bien la neurología es la principal aliada de tales proposiciones, es un aspecto llamativo cómo se atiende a consideraciones no necesariamente biológicas y vinculadas a las ciencias sociales. Esta es una de aquellas materias que reflejan la importancia del trabajo interdisciplinario en el mundo actual.

Como ya se ha indicado en más de una ocasión, la relevancia de esta discusión radica en sus múltiples efectos. No da lo mismo considerar que un individuo está vivo o muerto, y si bien el debate se ha centrado en lo relativo a la donación y trasplante de órganos y tejidos, una de las principales consideraciones debe ser el respeto a la dignidad del ser humano vivo. En este caso entrarán en juego principalmente los principios de autonomía y no maleficencia, llevando a optar por un camino u otro.

Cuando la discusión llegue a este punto, será imprescindible oír todas las opiniones. Tan compleja decisión no puede recaer sólo en los profesionales médicos, puesto que no es un debate exclusivamente científico.

El hecho es que la muerte afecta a todos a su alrededor y más aún cuando esa persona le pide a la sociedad que acabe con su vida, por lo tanto es necesario reconocer la dignidad dedicándole los medios técnicos y humanos necesarios para conseguir un final armonioso y poco sufriente. Es respecto a esta situación, donde surge el derecho a una muerte digna, dentro de lo que significa el respeto a la dignidad que corresponde a todo ser humano.

“El valor de la vida humana está en su propia existencia, su dignidad va inseparablemente unida a su naturaleza”.¹³¹ Una muerte digna puede entenderse como aquella en que es el mismo paciente quien asume y decide como quiere que ocurra, lo cual le permite planear con libertad el resto de su vida.

¹³¹ TOMÁS GARRIDO, Gloria María, Manual de Bioética, Barcelona, Ariel, 2001,p. 448.

Es necesario debatir respecto al tema del derecho a morir dignamente y qué debemos entender por tal, como seres libres y autónomos. Si bien no podemos elegir cuándo morir, si podemos exigir “cómo” morir, es decir, que cuidados queremos recibir y hasta cuando mantener una sobrevivencia, a veces innecesaria.

Cualquier avance científico importante, sobre todo si se refiere al hombre, plantea nuevos problemas y supone un aumento de nuestra responsabilidad a la hora de tomar decisiones y esto también incluye la posibilidad de tomarlas sobre la propia muerte. Pese a ello, en las sociedades occidentales actuales, la muerte resulta ser un tabú. Además debe considerarse que el médico, cuya principal misión es ayudar a la vida, puede y debe en ciertos casos ayudar a morir del modo más humanamente posible. Es en este desenfrenado avance médico en donde se nota con horror el aumento de los triunfos conseguidos por la medicina sobre la vejez, las enfermedades incurables y sobre los accidentes hasta ahora mortales.

Es por todo lo anterior que podemos concluir que ha existido un cambio fundamental en el concepto de eutanasia. En efecto, ya no es únicamente la “buena muerte” o la “muerte dulce”, sino que estamos en presencia de la denominada “muerte sin sufrimiento”, o el “derecho a morir con dignidad y humanamente”, “aclarando que el acto eutanásico operaría en los casos de enfermos incurables y en los enfermos aquejados de dolores intensos e intolerables y que no existe terapia para ello.”¹³² En el presente no hay una definición uniforme de eutanasia, como igualmente de su contenido.

Las decisiones sobre la vida y la muerte son las más cruciales, tanto por su extraordinaria relación moral como por su complejidad. De ahí que la eutanasia plantee verdaderos dilemas morales entre el valor primordial de la vida humana y el respeto por la autonomía de la persona, entre la defensa de un principio tan arraigado como el de la “santidad” de toda vida humana y la disposición benevolente a procurar una vida valiosa y evitar el

¹³² SILVA, SILVA, Hernán, Medicina Legal y Psiquiatría Forense, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 387.

sufrimiento, ya que el cuerpo humano está programado genéticamente para morir. Pero ¿hasta cuándo?¹³³

Poder elegir libremente una muerte digna como derecho individual es una reivindicación que se considera propia de las sociedades actuales que parten de una posición laica a la hora de enfrentarse con los problemas de la muerte, “incluso se ha llegado a incluir el derecho a la muerte digna entre los Derechos Fundamentales, como una cuestión que afecte la calidad de vida, derechos de la tercera generación que pueden ser conectados con los derechos sociales, relativos a la salud, incardinándolo entre los derechos del enfermo.”¹³⁴

El reconocimiento del derecho a la vida tiene en nuestro ordenamiento una vocación garantista: frente al Estado y frente a los demás ciudadanos. Además es un derecho personalista que se ejerce según la voluntad de su titular. No es un derecho absoluto, pues el derecho a la vida puede entrar en colisión con otros derechos y por lo tanto debería ser debidamente ponderado, por ende en un Estado laico, como es nuestro caso,

¹³³ MARTÍNEZ BARREIRO, Ana, Op. Cit., p.146.

¹³⁴ CASADO, GONZÁLEZ, María, Op. Cit. p. 32.

se debe propiciar la vida, pero sin imponer la vida como un deber o una obligación, ya que es evidente que en lo relativo a los criterios de determinación del fin de la vida prácticamente no existen las certezas. Lo único cierto, sin duda alguna, es la muerte.

BIBLIOGRAFÍA.

1. BEAUCHAMP, Tom, CHILDRESS, J.F, Principios de ética biomédica, Barcelona, Masson, 1998.
2. BORRILLO, Daniel, Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico, Revista Española de Investigaciones Sociológicas N°68, 1994.
3. BRAVO COBB, Jaime Rodrigo, Reflexiones en torno al Derecho a la vida y al Derecho a morir, artículo revista, 2009, pp. 139 -158.
4. CASADO GONZÁLEZ, María, La Eutanasia: Aspectos Éticos y Jurídicos, Madrid, Editorial Reus, 1994, pp. 17 – 64.
5. DWORKIN Ronald: La moralidad del aborto. En El dominio sobre la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual (Ariel, 1994).

6. ECHEVERRÍA B, Carlos et al. Diagnóstico de Muerte. [en línea].
Revista médica de Chile. Vol.132, nº1, 2004. pp. 95-107. Disponible
en: < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872004000100015 >.

7. ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial
Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

8. FLORES H, Juan Carlos; PEREZ F, Manuel; THAMBO B, Sergio
and VALDIVIESO D, Andrés, Muerte encefálica bioética y
trasplante de órganos. [en línea]. Revista médica de Chile. Vol.132,
nº1, 2004, pp.109-118. Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872004000100016&lng=en&nrm=iso>.

9. GIDDENS, Anthony. Sociología. Madrid (1998). Disponible en
<http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/anthony_giddens_-_sociologia.pdf>.

10. GRACIA, Diego, Determinación del momento de la muerte. Consecuencias éticas. En su: Ética de los confines de la vida. Bogotá, Editorial El Búho, 1998. pp. 331-34.
11. HOOF, Pedro Federico, Bioética y Derechos Humanos: Temas y Casos. Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 81-100.
12. ISLAS MONTES, Roberto, El caso distinto: un caso para el juez constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010, p. 5. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2010/pr/pr6.pdf>>
13. JAKOBS, Günther, Suicidio, eutanasia y Derecho Penal (Tirant Lo Blanch), 1999.
14. JUANATEY DORADO, Carmen, La disponibilidad del derecho a la vida en la jurisprudencia y en la legislación de los Estados Unidos de

América, Jueces para la Democracia. Información y Debate N° 45, 2002.

15. KIERSZENBAUM, Mariano, El bien jurídico en el derecho penal.

Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual.

Revista Lecciones y ensayos nro. 86, año 2009. Disponible en:

< <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>>.

16. KUNSEMULLER, Carlos, Propositiones Penales frente a la

terminación de la vida, Apunte de Clases del Departamento de

Ciencias Penales, Universidad de Chile, 1998.

17. LE BRETON, David, Antropología del Dolor, Barcelona, Seix

Barral, 1999.

18. LOLAS STEPKE, Fernando, La Medicina Antropológica y el Juicio

de Núremberg. El aporte de Viktor von Weizsäcker, Monografías de

Acta Bioethica N° 5-2010, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile.

19.MAGISTER, Sandro. Trasplantes y muerte cerebral. [en línea] Catholic.net. 5 de septiembre de 2008. Disponible en:<<http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/345/441/articulo.php?id=38874>>.

20.MARTÍNEZ BARREIRO, Ana, La construcción social del cuerpo en las sociedades contemporáneas, Papers: revista de sociología N°73, 2004.

21.MARTÍNEZ-LAGE, P. y Martínez-Lage J.M, El diagnóstico neurológico de la muerte. En: POLAINO-LORENTE, Aquilino (ed.) Manual de Bioética general. 3ª ed. Madrid, Ediciones Rialp, 1997. pp. 407-420.

22.NUÑEZ PAZ, Miguel Angel, La Buena Muerte, el derecho a morir con dignidad, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 198.

23. ORTEGA, Alberto, Derecho a morir: Tratamiento jurídico penal de la eutanasia en la legislación chilena y comparada. Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Santiago, Universidad de Chile, 2008.
24. ROMEO CASABONA, Carlos María, El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 25-47, 161-183 y 420-490.
25. ROMO PIZARRO, Osvaldo, Medicina Legal: Elementos de Ciencias Forenses, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
26. ROXIN, Claus, Tratamiento jurídico penal de la eutanasia (RECPC N° 1, 1999).
27. SILVA, SILVA, Hernán, Medicina Legal y Psiquiatría Forense (Tomo I), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

28. TOMÁS GARRIDO, Gloria María, Manual de Bioética, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 445-479.
29. TRILLES CALVO, Karina P, El cuerpo vivido. Algunos apuntes desde Merleau-Ponty, Themata, Revista de Filosofía N°33, 2004.
30. UGARTE GODOY, José Joaquín, El derecho de la vida: el derecho a la vida bioética y derecho, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
31. 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. Acta Bioeth, 2002, vol.8, no.2, p.299-313. Disponible en: < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726569X2002000200010&script=sci_arttext>.
32. WILSON ALCALDE, Pablo, El derecho a morir con dignidad: Hacia un tratamiento jurídico del tema en Chile a partir de la doctrina

del magisterio de la Iglesia Católica, Tesis Universidad Adolfo Ibáñez (Facultad de Derecho) Valparaíso, 2000, pp. 43-74.

33. ZUÑIGA F., Alejandra. La justicia frente a las decisiones médicas. Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso, II Semestre, 2009.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DIARIOS.

1. “El caso de Karen Ann Quinlan”, Diario La Nación de Argentina, 23.10.2003.
2. “Casos clínicos emblemáticos: Caso Karen Ann Quinlan”, Sitio Web Facultad de Medicina de la Universidad del Desarrollo.
3. “Karen Ann Quinlan cumple hoy 10 años en coma”, Diario El País de España, 15.04.1985.
4. “Autopsia de Terry Schiavo mostró que tenía daño cerebral masivo” Diario El Mercurio, 15.06.2005.
5. “Corte Suprema decide dejar morir a Terry Schiavo”, Diario El Mercurio, 24.03.2005.
6. “Una confesión real sobre una vida de película”, Diario El Clarín, 12.01.2005, Florencia Gilardón.
7. “France rejects right-to-die plea”, BBC News, 17.03.2008.
8. “Chantal Sébire aparece muerta en su casa”, Diario El País, 19.03.2008.
9. “Diane Pretty: The fight continues”, BBC News, 29.11.2001.
10. “Diane Pretty dies”, BBC News, 12.05.2002.

11. “Estrasburgo rechaza la petición de Diane Pretty de que su marido la ayude a morir”, Diario El País, 30.04.2002.
12. “Cronología del caso de Eluana Englaro”, Noticias RTVE, 08.02.2009.
13. “Padre de Eluana Englaro se despide de su hija tras años de batalla legal”, 10.02.2009.
14. COLINA, Jesús, “Prestigiosos neurólogos abogan por la vida de Eluana Englaro”, 14.08.2008.