



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**TÉRMINO ANTICIPADO DE LA VIDA:
EUTANASIA, EL TRATAMIENTO JURÍDICO Y SUS CONSECUENCIAS
EN LA PRÁCTICA MÉDICA.**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor
TAREK MOISÉS MUSALEM MUSALEM

Profesor Guía
DR. LUIS FELIPE ABBOTT MATUS

Santiago, Chile
2020

A mis amigas y amigos, por los que ya no pueden estar aquí y por los que espero tener en mi vida al momento de mi partida. Gracias por todo.

“Con un plazo de tiempo lo suficientemente grande la esperanza de vida de cualquier persona se reduce a cero.”
Tyler Durden. – **El Club de la Pelea** (1999)

*En memoria de Adriano Van de Ven Leal **Q.E.P.D.** † 11/11/2020*

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	6
I. NOCIONES Y TÉRMINOS FUNDAMENTALES	8
1. LAS NOCIONES Y ALCANCES DE LOS CONCEPTOS DE VIDA Y MUERTE	8
1.1. La vida y el derecho a la vida	8
1.2. La protección de la vida como un bien jurídico	10
1.3. La muerte para la medicina y el derecho	13
2. LA DIGNIDAD HUMANA	15
2.1. Conceptualización	15
2.2. Autonomía y libertad	19
2.3. La muerte digna como una manifestación de la dignidad	21
3. CONCEPTOS RELATIVOS A LA SALUD Y EL EJERCICIO DE LA MEDICINA	24
3.1. Diagnóstico e incidencia en la Salud	24
3.2. Enfermedad Terminal o Salud Terminal	25
3.3. Tratamiento	27
3.4. Cuidados paliativos	28
3.5. Obstinación, ensañamiento o encarnizamiento médico	29
4. LA EUTANASIA	34
4.1. Concepto	35
4.2. El alcance ético	38
4.3. Auxilio al suicidio, eutanasia y el suicidio asistido. Diferencias y similitudes	40
II. PROBLEMÁTICAS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN MÉDICA EN UN CONTEXTO DE ENFERMEDADES TERMINALES: EUTANASIA Y CASOS DE INTERÉS JURÍDICO	45
1. Análisis precedente: valores jurídicos de los intervinientes en la relación médica	45
2. La normativa chilena y la eutanasia en particular	49
2.1 Ley N° 20.584 y otros cuerpos legales, y su relación con el término anticipado de la vida	51

2.2 Principios Generales y especiales de la Ley N°20.584	54
2.3 El reconocimiento de la dignidad y su relación con la eutanasia	56
2.4 Autonomía del paciente y consentimiento informado	57
2.6 La capacidad del paciente	59
2.7. Análisis crítico y comentarios de los artículos 14 y 16, de la ley N°20.58461	
3. Responsabilidad médica y límites ante el término anticipado de la vida	62
3.1 Responsabilidad Penal	63
3.2 Responsabilidad Civil	65
3.3 La “lex artis”	68
3.4 El desarrollo del límite	71
III. CONFLICTOS DE DERECHO Y OBLIGACIONES ENTRE LOS INTERVINIENTES. CASOS HIPOTÉTICOS	72
1. La voluntad de terminar la vida anticipadamente: Actos y omisiones fuera de la relación médica contractual	73
1.1 El acto eutanásico dentro de la relación médica	76
2. Hipótesis 1: Directriz anticipada de conservar la vida a toda costa	80
2.1 Caso A) “Paciente terminal rechaza tratamiento sin la intención de provocar la muerte”	80
2.2 Caso B) “La inducción médica al rechazo de tratamiento”	82
3. Hipótesis 2: Directriz anticipada de terminar con la vida	83
3.1 Caso A) “Paciente terminal rechaza tratamiento con la intención de provocar la muerte”	84
3.2 Caso B) “Paciente terminal rechaza tratamiento con la intención de provocar la muerte con participación y aprobación del profesional médico”	86
3.3 Caso C) “Paciente terminal y dificultades para la eficacia de su consentimiento informado al rechazo de tratamiento médico y voluntad subrogada”	91
3.3.1 Paciente terminal impedido físicamente de manifestar consentimiento	93
3.3.2 Paciente terminal víctima de patologías psicosociales, discapacidad intelectual y/o cognitiva	97
3.3.3 Paciente menor de edad	106
3.3.4 Paciente consciente, incapacidad moral y la voluntad de terceros	111
IV. CONCLUSIONES Y HALLAZGOS	113
V. BIBLIOGRAFÍA	118

RESUMEN

La presente tesis busca determinar cuál es el tratamiento jurídico de la eutanasia en nuestro país, para luego ver qué consecuencias tendría el ejercicio eutanásico en la práctica médica, cuestionándonos qué consideraciones de carácter legal se ven envueltas en la integración de la eutanasia como una manifestación de su derecho a la libertad individual, en el contexto de una enfermedad terminal. Para responder dichas interrogantes se llevó a cabo una investigación doctrinaria y un análisis jurídico acotado. Lo anterior a través del análisis de la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, y de cómo la consagración del consentimiento informado contenida en dicha ley introdujo importantes cambios en la relación médica. El eje de esta investigación se concentra en la determinación de conceptos claves como lo son la vida y la muerte en un contexto jurídico; el consentimiento y la libertad individual; la salud pública y la “responsabilidad médica” y finalmente eutanasia y sus aristas, para así teorizar respuestas a estas interrogantes desde la perspectiva del derecho. La investigación consiste en 3 grandes núcleos: a) Un primer capítulo que consiste en determinar conceptos que permitan el desarrollo de la investigación, toda vez que existe un cruce entre la nomenclatura del derecho y la medicina; b) Un segundo capítulo para la determinación de las problemáticas que reconoce el ordenamiento jurídico nacional, ante problemas de carácter jurídico que se pudiesen presentar en la relación existente entre funcionario médico/paciente respecto la eutanasia (formulación de casos hipotéticos); y finalmente c) Un apartado de hallazgos y conclusiones; que una vez, analizado y sistematizado las interrogantes en el contexto antes descrito, teorizar sobre la materia y efectuar apreciaciones personales con el objetivo concluir la discusión.

ABSTRACT

This thesis seeks to determine what is the legal treatment of euthanasia in our country, and then to answer what consequences the exercise of euthanasia would have in the medical practice, questioning what legal considerations are involved in the integration of euthanasia as a manifestation of their right to individual liberty, in the context of a terminal illness. To answer these questions, a doctrinal investigation and a limited legal analysis will be carried out. Specifically, we will analyze law 20,584 about rights and duties of patients, and how the consecration of informed consent contained in said law introduces important changes in the medical relationship. The axis of this research focuses on the determination of key concepts such as life and death in a legal context; consent and individual freedom; public health and "medical liability" and finally euthanasia and its edges, in order to theorize answers to these questions from the perspective of law. The research consists of 3 main parts: a) A first chapter that consists of determining concepts that allow the development of the research, since there is a cross between the nomenclature of law and medicine; b) A second chapter for the determination of the problems recognized by the national legal system, in the face of legal problems that could arise in the relationship between the medical officer / patient regarding euthanasia (formulation of hypothetical cases); and finally c) A section of findings and conclusions; that once the questions have been analyzed and systematized in the context described above, theorize about the matter and make personal assessments in order to conclude the discussion.

INTRODUCCIÓN

Hablar sobre la vida y la muerte, la dignidad de los seres humanos conlleva adentrarse a una discusión de cientos de años de indagaciones científicas y filosóficas que han intentado resolver los alcances de tales preceptos. Cuando hablamos de eutanasia dichos conceptos se entrelazan en favor de una tratativa que propone la autodeterminación del paciente como sujeto moral autónomo, y aunque estas parezcan solamente discusiones metafísicas, para el derecho no son palabras nimias ni superfluas, sino que contemplan efectos jurídicos que buscan generar cambios acordes con los criterios bioéticos de las sociedades modernas.

Aquel debate, toma un profundo peso, cuando las personas se enfrentan a “situaciones límites” que reflejan la fragilidad de la existencia en contraste con el derecho positivo. Cada término, noción, tiene en sí un significado que, a su vez, es interpretado, analizado, experimentado y sentido de modo distinto de acuerdo con la mirada y subjetividad de los individuos en particular, he ahí por qué a lo largo de la historia humana, se configura una discusión interminable sobre los alcances de estos conceptos.

Preguntarse qué es la vida, la muerte y si las personas tienen derecho una muerte digna, proyectan una perspectiva personal, que viene engendrada y escoltada por el universo de valores, creencias, cultura y deseos de cada individuo como ser de relación, de esta manera el derecho y la ciencia médica, se encuentran constantemente disputando los parámetros de su contenido ante los cambios que la sociedad requiere.

El presente trabajo busca analizar cuál es el tratamiento jurídico de la eutanasia en nuestro país, para luego advertir qué consecuencias tendría el ejercicio eutanásico en la práctica médica. El estudio propuesto versa de diversas etapas. Primeramente, nos dedicaremos a delimitar conceptos

básicos que involucran el término de la vida y las prácticas médicas, para luego observar cuales han sido las discusiones bioéticas respecto a la eutanasia en todas sus formas, y cuales han sido sus conclusiones para así poder delimitar cual es el marco conceptual más adecuado para un posterior análisis normativo. Es vital señalar que, al encontrarse la eutanasia prohibida en Chile, en esta etapa el presente trabajo se basara principalmente en la experiencia normativa y doctrinaria de España en la materia.

Luego en un segundo apartado, nos referiremos al tratamiento que se le ha dado a la eutanasia en nuestro ordenamiento jurídico nacional, haciendo un examen de los bienes y valores protegidos y ponderados, para poder establecer cuál es el marco legal vigente, analizando en particular la ley N°20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes y lo señalado en ella respecto a la posibilidad de rechazar un tratamiento que busque la prolongación artificial de la vida, basado en el consentimiento informado analizando en particular en el desarrollo de este capítulo los presupuestos de la responsabilidad médica.

Finalmente, una vez delimitado tanto el marco normativo, como el conceptual y bioético, nos situaremos en distintas situaciones que se encuentran en los límites de la regulación actual o que derechamente no están reguladas para formular diversas hipótesis que plantean problemas deontológicos y jurídicos sobre cuál debería ser el comportamiento de un profesional de la salud frente a dichas instancias en conformidad a los bienes jurídicos en juego, el actuar conforme a derecho y la *lex artis*.

I. NOCIONES Y TÉRMINOS FUNDAMENTALES

1. LAS NOCIONES Y ALCANCES DE LOS CONCEPTOS DE VIDA Y MUERTE

1.1. La vida y el derecho a la vida

La ciencia médica, como rama de la biología, se enfrenta a un sinnúmero de dificultades teóricas que le conceden establecer un concepto único y universal que pueda definir la “vida”, por ello las ciencias han ido construyendo muchas definiciones mediante un parámetro operacional que permitan en una primera instancia diferenciar seres vivos de los entes inanimados¹.

En principio la biología identifica y adjudica propiedades a los seres vivos o sujetos con vida que permiten diferenciar entre el “ser” y las cosas. En parte estos principios se componen por las habilidades de organización, metabolismo, homeostasis², crecimiento, reproducción, irritabilidad y evolución. Ahora bien, para determinar cuáles son los aspectos fundamentales que definen a la vida como precepto clave en la discusión de la eutanasia, no nos detendremos en todas las discusiones que versan sobre el momento de la vida, su formación, teorías científicas e interdisciplinarias, para objeto de este estudio reduciremos su conceptualización desde el nacimiento hasta la muerte de las personas, es decir vida como sinónimo de estar vivo.

En cuanto a la ciencia jurídica, nuestro ordenamiento le otorga un tratamiento especial a la “idea” de vida, me refiero especial porque no solo se

¹ A modo de ejemplo, véase la siguiente publicación. Gabbatiss, Josh. (2017) “Por qué hay más de 100 definiciones de la “vida” y casi todas están erradas” BBC Earth. 9 de enero de 2017 (<https://www.bbc.com/mundo/vert-earth-38514224>)

² El concepto de homeostasis apareció por primera vez en los 1860s, cuando el fisiólogo Claude Bernard (1813-1878) describió la capacidad que tiene el cuerpo para mantener y regular sus condiciones internas. Esta homeostasis es crítica para asegurar el funcionamiento adecuado del cuerpo, ya que, si las condiciones internas están reguladas pobremente, el individuo puede sufrir grandes daños o incluso la muerte. <http://www.facmed.unam.mx/Libro-NeuroFisio/FuncionesGenerales/Homeostasis/Homeostasis.html>

establece una posición garante de su resguardo como veremos más adelante, la vida importa desde la existencia legal de la persona, sino que adicionalmente se establecen diferentes referencias al feto que está por nacer -el cual nuestro legislador no se atreve a definirlo en un único precepto-, su significado se construye por medio de conexos y subderechos que se ven manifestados a través del tratamiento de orden constitucional que prescribe para el resto de los cuerpos jurídicos, así nuestra constitución determina en su artículo primero que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, para luego en el catálogo de derechos fundamentales asegurarle a todas las personas “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, declarando que se protege la vida del que está por nacer, remitiéndose a otros cuerpos legales para generar instituciones que logren dicho cometido.

A nivel legal, la presencia del precepto del derecho a la vida se distribuye en forma de valor absoluto sobre cada uno de los cuerpos legales. La estructura básica de su tratamiento en materia civil se traduce en esclarecer como base la regulación de los sujetos de derechos a las personas desde el momento del inicio de la vida hasta la muerte.

En efecto, el código civil al regular la vida, lo hace en un sentido trascendental en razón de sus aristas y conexos a lo largo de cada título o norma, a su vez lo hace en un sentido más literal, en aquellos artículos del libro primero de las personas que definen el momento en el cual principia la vida humana, desde la separación completa del vientre materno, establece la protección de la vida que está por nacer erogando una de las pocas acciones populares de nuestro ordenamiento jurídico y señala una presunción de paternidad suponiendo el momento de la concepción. El tratamiento de la ley común se desprende de la construcción primigenia de las diferencias entre las cosas y las personas, genera instituciones que buscan la protección de los subvalores que emanan de la vida humana como lo sería la libertad del

hombre a través de instituciones de derecho civil, tales como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual entre otros.

A su vez, desde la perspectiva del derecho penal el concepto de vida y consecuentemente el derecho a la vida, se desprende su consideración como parte fundamental del conjunto de bienes jurídicos que están referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema de derecho o sus estructuras microsociales, esto se manifiesta a través de la tipificación de delitos contra la vida, la salud individual, la libertad, el honor, entre otros de igual naturaleza. Resguardando la gama completa de figuras conexas asociadas a la idea institucional del derecho a la vida.

Así es común que los ordenamientos jurídicos al abordar el término “vida” lo hacen a través de la premisa del resguardo de tal etéreo concepto, se trata la vida como un valor absoluto que prima por sobre todas las cosas, y sobre dicho valor se agregan caracterizaciones subjetivas como la vida digna e igualitaria, que son parte de la vida pero no son subsumibles a ella. Es por ello que los legisladores hablan de “derecho a la vida” y proyectan la afectación de tal valor sólo bajo circunstancias especialísimas y excepcionales.

En razón a lo anteriormente esbozado, es que, para los efectos de esta investigación, “vida” la entenderemos como un derecho subjetivo, que poseen las personas al momento de su existencia legal, reconocido a rango constitucional y que se extingue con la muerte.

1.2. La protección de la vida como un bien jurídico

Como se señaló en el acápite anterior, para el legislador la vida constituye un valor en sí mismo que es protegido por el derecho objetivo, en consecuencia, se debe entender que la vida es un bien jurídico protegido. Cuando hablamos de “bien” jurídico inmediatamente se trae palestra la idea

de propiedad, algo que se tiene, una titularidad de tal que a diferencias de las otras cosas susceptibles de apreciación, el derecho a la vida lo tenemos todas las personas. No obstante, a pesar de ser un bien jurídico que les pertenece a las personas el legislador es el encargado de establecer sus límites y la manera mediante la cual será ejercido.

La narrativa constitucional al configurar el resguardo del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, -derecho consagrado en el art 19 N° 1 de la carta magna-, desde sus inicios configuró para el constituyente un alcance extremadamente amplio, en resumidas palabras del constitucionalista Jorge Hubner considera que el derecho a la vida conlleva: "...la prerrogativa para conservar la propia existencia y de exigir que el ordenamiento jurídico que la proteja contra atentados de la autoridad y de particulares", agrega el autor que este derecho "...no implica, evidentemente, sólo la facultad de impedir que se nos dé muerte, sino también la concurrencia de un conjunto de condiciones laborales, sociales, económicas, asistenciales y sanitarias, que hagan factible el mantenimiento de la existencia dentro de un nivel propio de la dignidad humana", planteando un supuesto esencial para nuestro ordenamiento jurídico, fundada por la circunstancia absoluta de la corriente naturalista del derecho. En este sentido se consagra el resguardo de la base en que todos los "derechos naturales" del ser humano -entre ellos el derecho a la vida- son anteriores y superiores al Estado³.

Lo anterior nos ayuda a comprender cómo es que el derecho mismo considera el "derecho a la vida" como una fuente y una finalidad de otros principios jurídicos y otros derechos- tanto fundamentales como de otros alcances normativos-, generando aristas, ramificación e incompatibilidades. En ese sentido, el entrelazamiento de otros valores humanos que se normativiza en razón del resguardo del derecho a la vida según la entiende nuestra Constitución, permite la configuración de incongruencias y

³ Hubner G., Jorge Iván, 1973, Panorama de los Derechos Humanos, Santiago, Editorial Andrés Bello, p. 84.)

encrucijadas jurídicas a través de la anteposición de los mismos subderechos y valores absolutos. A modo de ejemplo: el valor de la libertad del ser humano, regulado normativamente en nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional en su artículo 19 N°3, ante la hipótesis de que una persona que ejerce activamente una huelga de hambre, antagoniza el valor de “ejercer la voluntad de la persona a tomar decisiones espontáneas y del desarrollo de su personalidad” al resguardo de la vida de las personas, pese a que dicho valor se entiende como una arista o conexo del mismo valor que denominamos derecho a la vida, en ese sentido, las sociedades son las responsables de medir el alcance de su contenido, lo que de igual manera ocurre con la eutanasia.

Adhiriendo a la caracterización del derecho a la vida visto como un principio, implica que no significa “existir de cualquier manera”, en este sentido, el profesor Gustavo Adolfo García Arango en su estudios para delimitar el concepto de vida digna y el impacto del dolor en su resguardo jurídico-institucional, desarrolla en profundidad dicha idea, indicando que el derecho a la vida se traduce en las garantías a una vida en dignidad, normal en un aspecto humano, en condición de desarrollar potencialidades de las personas, un libre desarrollo de la personalidad y como un aspecto esencial, el resguardo de la integridad física y psicológica. Al respecto, puede concluirse el impacto clave que se antepone a cualquier derecho reconocido a nivel institucional, vendría a otorgarle el rango de principio general. De esta manera, el derecho construye un catálogo de garantías subjetivas a las personas, considerando indispensable la vida como valor absoluto que antecede cualquier otro aspecto humano. Es debido a la amplitud y abstracción con que éstos derechos son consagrados, que las sociedades buscan tener como instrumentos de interpretación ciertos principios que permitan echar luz, precisamente, sobre ese piso y ese techo que supone la exigibilidad de los derechos, el derecho a la vida rige y se rige, por los efectos de la vida humana en sociedad.

Como bien adelantamos, el bien jurídico de la vida tiene distintas aristas que a su vez principian una serie de mecanismos de resguardo en nuestro ordenamiento jurídico nacional. El derecho a la vida propiamente tal, se encuentra resguardado tanto a nivel constitucional como legal, según superficialmente señalamos.

En nuestro código penal la vida humana se protege en un sentido biológico-fisiológico de dos maneras, en primer lugar, se tipifican delitos que atentan contra la vida humana independiente, encontrando en ella la tipificación del homicidio, el parricidio, el infanticidio, y la asistencia al suicidio, y en segundo lugar se diferencia la protección a la vida humana dependiente, penalizando el delito de aborto⁴. En una primera instancia la protección de la vida humana independiente era por toda la vida de la persona, hasta su último aliento, entiendo por este hasta el último latido del corazón, bajo esta definición se entendía que atenta contra la vida tanto quien accionaba un disparo en el corazón de otro como el médico que retiraba un corazón latente con el objetivo de realizar un trasplante de órgano. No fue sino hasta la dictación de la ley N°19.451 del año 1996 que se introdujo a nuestro ordenamiento jurídico en concepto de muerte cerebral para poder realizar trasplantes de órganos sin caer en la tipicidad de atentar contra la vida⁵.

1.3. La muerte para la medicina y el derecho

La ciencia médica es la encargada de establecer el hecho de la muerte a través de su ejercicio, en ella se precisan los signos de la muerte y los fenómenos cadavéricos, para verificar si ella se ha producido, cuáles son sus causas, la forma en que ocurrió, la data o fecha de la muerte, si la muerte ha sido natural o por acto de terceros, el tipo de muerte, etcétera. Para el diagnóstico se recurre a dos tipos de comprobaciones o exámenes: signos

⁴ Politoff Lifschitz, Sergio, Matus, y otros. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial (2009). Escrito por Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña, María Cecilia Ramírez p.22

⁵ Ibid p. 32.

negativos de la vida o signos de la muerte, y signos positivos de la muerte o fenómenos cadavéricos.

Indistintamente a que todas las ciencias sociales y científicas que estudian el alcance y el significado de la muerte, se tiene como premisa absoluta que el término muerte significa el fin de la vida, es decir, cuando un organismo o ser viviente deja de tener signos vitales. La palabra muerte siempre ha sido temida por todas las personas, esto debe a su significado, para algunos es el fin de la existencia, para otros es el comienzo de la vida eterna. La muerte significa el final de un cuerpo vivo que se había creado a partir del nacimiento.

En la ciencia jurídica, el concepto de muerte se entiende como: “hecho al comprobarse la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas”, este concepto se sustrae derechamente de la ley N°19.451, en su artículo 11. Dicha fuente legal, establece a su vez tres circunstancias de hecho que deben verificarse al momento de determinar la extinción de la vida:

- i. Ningún movimiento voluntario observado durante una hora,
- ii. Apnea luego de 3 minutos de desconexión de un ventilador artificial, y
- iii. Ausencia de reflejos tronco-encefálicos.

La muerte tiene diversas implicancias en el derecho, cuyo tratamiento va más allá de una definición y más bien otorga sentido a través de los efectos que ésta conlleva. Para el derecho común, la muerte constituye una causa de extinción de la personalidad civil; que viene determinada por la muerte cerebral. Los efectos principales de la muerte son la extinción de los derechos y obligaciones personales del fallecido y la transmisión de haberes a sus sucesores. A su vez, se determina la extinción de ciertos contratos, como el de sociedad o mandato, y la disolución del matrimonio, así también, se considera como la causa para poner término a una relación de carácter

laboral, o también actúa como el elemento de hecho para configurar un delito, o es casual de término de la responsabilidad penal.

2. LA DIGNIDAD HUMANA

2.1. Conceptualización

Cuando se habla de derechos fundamentales y de valores absolutos y universales, se hace mención de la dignidad humana como un principio rector, moldeador, al cual el derecho debe obedecer ante cualquier manifestación de soberanía. Configurándose así la dignidad humana en la fuente de la libertad y la paz en las relaciones interpersonales, de ahí su función en la constitución de los derechos y deberes civiles y políticos, al menos así lo consideró la filosofía del derecho moderna. Al respecto, el presente estudio buscará establecer un rango de entendimiento del presente valor jurídico y determinar cómo este influye en el colectivo normativo y social.

El concepto propio de dignidad, como precepto autónomo proviene de una mutación del adjetivo “digno”, el cual en su significado básico significa “*Merecedor de algo*”. El desarrollo etimológico de este precepto conserva un cercano desarrollo con las corrientes filosóficas que la sociedad a través de los acontecimientos históricos ha determinado.

En ese sentido, es menester tener presente, que de los precursores y fundadores del alcance del precepto de dignidad que al día de hoy se desarrolla en la sociedad moderna, proviene de las máximas propuesta por la hegemonía histórica que la iglesia católica impuso, el cual se desarrolla como un concepto metafísico de cinco premisas, las que expone Manuel Atienza⁶, a saber:

⁶ En su texto “Sobre el concepto de dignidad humana”, en María Casado (coord.), op.cit., p.75.

“1. la dignidad se predica no solo del ser humano nacido, sino también del embrión,

2. la dignidad es una propiedad que no admite graduación desde la concepción hasta el fin de la vida,

3. la dignidad tiene un sentido religioso puesto que el ser humano la posee por ser imagen y semejanza de su creador,

4. la dignidad es un valor absoluto y superior a cualquier otro que se exprese en términos de deseos, intereses o autonomía.

5. Las proposiciones anteriores tienen un valor universal y valen tanto para creyentes como para no creyentes, con independencia de cualquier circunstancia histórica o geográfica”.

Dichas premisas siguen vigentes en las sociedades modernas, las que suelen traerse a colación en discusiones como la legalización del aborto y en casos como el de la presente investigación, la eutanasia.

Existe una contracorriente a los fundamentalismos de la iglesia católica, destacándose como precursor, el filósofo Immanuel Kant, quien establece que el sujeto encargado de hacer valer su dignidad será cada ser humano, frente a otros miembros de la humanidad y que será la sociedad misma, la encargada de construir la protección a través del derecho para resguardar que esta dignidad se vea amenazada o perjudicada⁷. Esta revolucionaria idea, abocó a las sociedades a través de un proceso lento, dejar atrás la premisa teocentrista que buscaba reducir la dignidad a la venia y voluntad de un ente superior, que no podía mutar.

Ahora bien, la filosofía y bioética moderna ha desafiado los paradigmas tradicionales antes aludidos, destacando la subjetivación del concepto

⁷ El fundamento de tal postulado corresponde a las conclusiones obtenidas mediante la lectura de los elementos metafísicos de la justicia, de Immanuel Kant, traducido por Jhon Ladd. Indianápolis, Hackett Publishing Compant Inc. 1999, p. 31.

dignidad, algunos autores como Macklin Pinker, conceptualizan a la dignidad bajo las siguientes premisas:

“1. La dignidad es un concepto vacío, sin significado, carece de algún sentido identificable,

2. Es una noción subjetiva e imprecisa que no está a la altura de las altas exigencias éticas que se le asignan,

3. Es relativa porque lo que se ha considerado y considera digno es muy diverso,

4. Puede llegar a ser un concepto dañino porque a menudo determinadas concepciones de la dignidad se imponen autoritariamente causando daño a un buen número de personas;

5. es un término que designa otros conceptos como el respeto, el decoro o la autonomía personal, pero de manera más imprecisa y retórica.”⁸

Lo anterior, se refleja en las posturas metafísica y escépticas al momento de configurar la dignidad, que el naturalismo y la filosofía clásica intentaron de forma condicional.

El autor Rodolfo Vásquez sostiene que ambas conceptualizaciones. tradicional y escéptica, son totalmente cuestionables. Eminentemente por que la postura metafísica del concepto dignidad, hace depender exclusivamente la pertenencia a la especie humana, y este no ve que la personalidad normativa deba depender de una condición biológica. A la segunda le refuta su eficacia como concepto, ya que esta haría referencia a otros conceptos

⁸ Vásquez, Rodolfo. La vía negativa de acceso a la dignidad y la expresión "muerte digna". Rev. Bioética y Derecho N°.40 Barcelona 2017 p. 26.

como lo es el de respeto o decoro, siendo que estos no subsisten por sí mismos al encuadrarlos en un contexto social⁹.

El autor anterior, trae a colación una conceptualización a través de la vía negativa, en el sentido del imperativo kantiano; esto es, obrar de modo que nunca nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás solo como simples medios sino como fines¹⁰. Se forma un concepto en base a un límite, en base a lo que no representa dignidad humana, haciéndola conjugar con la idea positiva liberal de autonomía y de tal modo, verla a través de los actos libres particulares y su interacción con los poderes fácticos o autoritarios que limitan la privacidad, consentimiento y responsabilidad (valores superiores que se manifiestan siempre con el foco regulador de la dignidad).

La definición anterior denominada agencia normativa o de la autonomía personal, es insuficiente, toda vez que existen seres humanos privados de llevar a cabo dicha premisa, es entonces que a ciertos autores problematizan el contexto nuevamente, a la palestra de la deficiencia que ostenta la subjetividad de la conceptualización de dignidad que ha desarrollado tanto la filosofía tradicional como la moderna. De esta manera se construye un nuevo principio moral que busca lo mejor para una persona, restando importancia a la autonomía individual, denominada dignidad personal. Autores como Marks Platt denomina como juicio sustituto, aquel que se desarrolla en base al mejor interés de la persona, es decir bajo el criterio de lo que una persona razonable decidiría en lugar de otro¹¹. Esta nueva concepción se sostiene en que una persona razonable, siempre procurará evitar el dolor y el sufrimiento necesario, delimitando tal precepto.

Finalmente es menester traer a palestra el trabajo del profesor Ramon Valss quien define la dignidad como aquella característica de todos los individuos del género humano, que la poseemos por ser libres moralmente,

⁹ Ibid. p.26.

¹⁰ Ibid. p.27.

¹¹ Ibid. p.30.

esto es, porque somos autónomos, legisladores o autores de la propia ley. Conceptualización a la cual suscribo.¹²

La dignidad humana, como concepto construido socialmente ha tenido diversos esquemas de racionalización, pero su transición al derecho trae a colación el proceso de análisis moral y filosófico que permite decir hoy en día, en palabras del autor Ernesto Garzón Valdés reseñado por Valls: “El principio de dignidad humana puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad. En este sentido, está conceptualmente vinculado con lo que podría llamarse la máxima práctica de igualdad”.

2.2. Autonomía y libertad

De la categorización previa hemos destacado que existe subaristas propias al concepto de dignidad humana, o al menos así lo ha comprendido la doctrina contemporánea y los ordenamientos jurídico-modernos y que como pilares integrantes o consecuencia inmediata a la misma, emanan los principios de la libertad y la voluntad. Así concluimos que para que un sujeto de derecho, una persona, un grupo social, viva y se desarrolle en dignidad, este lo hará al ejercer su voluntad en libertad que, como miembros de un Estado Social y Democrático de Derecho, independiente de analizar si su alcance es suficiente o no para abordar la dignidad humana propiamente tal.

En principio, la Real Academia Española, señala dentro de sus primeras acepciones que libertad es: “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”, por ello, esta idea vinculada a la concepción de Estado y Sociedad moderna que señalamos previamente se atiende derechamente a las

¹² Valls, Ramón. “El concepto de dignidad humana”. Rev. Bioética y Derecho. 2015; N° Extra, recopilación especial. Universidad de Barcelona. p. 278-285.

nociones del liberalismo político, con el significado y alcance que éste le atribuye a la misma. El Estado para Habermas, se desprende del denominado principio democrático, como idea que predica y entraña “respeto y desarrollo de las exigencias de dignidad, igualdad y libertad de la persona humana y de sus demás derechos fundamentales, representaría, a la vez que un principio constitutivo de la democracia, un límite al mecanismo democrático de formación de la voluntad del Estado”¹³.

Dado la relevancia que tiene en la vida jurídica la capacidad humana de realizar actos por su voluntad, es decir, su facultad de decidir y ordenar la propia conducta se configura como un elemento esencial al analizar las consecuencias de los “actos médicos”, así la Ley N°20.584 trata de forma directa tales conceptos en su Párrafo 6° “De la autonomía de las personas en su atención de salud”.

Para el derecho común, ambos principios previamente señalados, destacan de la construcción jurídica de instituciones asociadas con la titularidad de derechos y ejecución de actos jurídicos, inmediatamente se dirigen a la estructura de la autonomía de la voluntad, nomenclatura que resume el ejercicio de la libertad de las personas y las consecuencias de sus actos.

Como consecuencia de los conflictos mundiales y la radicalización del positivismo en los Estados de excepción que produjeron las Guerras Mundiales, nuevas corrientes filosóficas buscaron la institucionalización y regulación de la dignidad humana, adoptando estas ideas absolutas que el catolicismo mantuvo presente, pero agregando ideas modernas de desarrollo social. Cabe destacar al grupo de ideas moderna, lo señalado en la Declaración de la UNESCO, institución que determina que la dignidad, no puede graduarse, siendo esta un valor absoluto y de carácter universal. (artículos 8, 10 y 12 de la Declaración), a su vez, la establece como valor

¹³ Montoro Ballesteros, Manuel (1977). Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho. Anuario de filosofía del derecho. N° 19, 1976-1977, p. 91.

formador de otros valores resguardados como lo son la autonomía, privacidad, responsabilidad y consentimiento.

Finalmente cabe destacar que la autonomía tiene especial incidencia en el ejercicio de la medicina y la salud de las personas, toda vez que se entiende por autonomía a la capacidad para escoger libremente (aplicable a tratamientos), entre diferentes opciones, la forma en que queremos vivir. Así también, el ejercicio de esta autonomía importa un sentido único y genuino de control de la vida, incluyendo la forma en que se quiere que sea el final. En ese sentido, muchos autores posicionan que la negativa a la posibilidad de decidir sobre el final de la vida, constituye una privación de autonomía. Se ha desarrollado alrededor de dicha problemática, una serie de herramientas para evitar tal privación de autonomía de los pacientes en el contexto médico, destacando las denominadas “voluntades anticipadas”, que para efecto de esta investigación se pueden definir como: “La expresión de los deseos, prioridades o decisiones de una persona formulados de forma anticipada en previsión de que, en un momento dado, la situación de incapacidad en que se encuentre no le permita manifestarlos”¹⁴. Sin duda será necesario volver a dicho precepto a lo largo esta presentación, pero la importancia de dicho precepto radica en su calidad de mecanismo contenedor de voluntad, siendo una forma de poder continuar ejerciendo el derecho a ser respetado respecto a sus principios morales y asegurar que este respeto se mantendrá cuando se presente una situación de mayor vulnerabilidad.

2.3. La muerte digna como una manifestación de la dignidad

El precepto de la muerte digna conlleva la colisión de dos conceptos independientes con una fuerte significación social, el de dignidad y de muerte.

¹⁴ C. de Miguel Sánchez, A. López Romero. Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia (I). MED PAL (MADRID) MEDICINA PALIATIVA Vol. 13: N.º 4; 207-215, 2006 Copyright © 2006 ARÁN EDICIONES, S.L. [1134-248X (2006) 13: 4; pp. 207].

Para algunos, la muerte digna es sinónimo de eutanasia cuando nos enfrentamos a enfermedades terminales y en los casos donde la persona manifiesta su cansancio absoluto ante los esfuerzos infructuosos de mejorar su salud, así lo reconoce Eduardo Luis Tinant, en sus estudios sobre la diferencia entre muerte digna y eutanasia.¹⁵

La muerte digna se trata de un juicio acerca del sentido de la vida (zin vanhet leven). Este juicio pertenece exclusivamente a la competencia del paciente. Ponderar si un tratamiento considerado objetivamente eficaz es también valioso para el paciente (waarde voll) solamente puede ser apreciado por el propio paciente- denominado para algunos autores como Mark Platts, agencia normativa o de la autonomía personal. Esto significa que un tratamiento que, sobre la base de una apreciación objetiva de carácter médico-profesional es útil, eficaz, puede lograr la sanación, sin embargo, ser carente de sentido (zinloos) cuando, desde la perspectiva de la valoración del paciente, no mejora su calidad de vida o no le produce algún beneficio. Por el contrario, el concepto de tratamiento sin sentido (zinloos handelen), señala el autor, que se da en el sentido médico profesional, puede sin embargo ser valioso (zinvoll) para el paciente. Suele aquí darse el ejemplo de un paciente terminal, cuyo tratamiento se prolonga para permitirle al paciente despedirse de algún familiar que vive lejos, aunque se trate de tratamiento médico sin sentido (zinloos medisch handelen), con lo cual se quiere aquí indicar que el acto médico no se sustrae del sentido que la vida humana pueda presentar en un contexto no médico¹⁶.

La Organización Médica Colegial de España considera que la definición concreta de muerte digna sería aquella que: “supone vivir dignamente hasta

¹⁵ Sobre la diferencia entre muerte digna y eutanasia, léase a Tinant, Eduardo L. “Muerte Digna”, en *La Ley*. Buenos Aires: 2013, pp. 121-143. Según el autor, la muerte digna habilita la aceptación o el rechazo de tratamientos médicos en tanto la eutanasia apunta a poner fin a la vida humana de quien tiene una enfermedad terminal, en contraposición a la distanasia que implica la prolongación innecesaria de la vida humana como consecuencia de un tratamiento médico desproporcionado o extraordinario.

¹⁶ Pannuti F y Tannenbergh Stephan (1993). Foro mundial de la Salud, Foro lectores, Bolonia 1993. vol. 14, p.172. (La idea emana a criterio del autor, que la muerte digna debiese ser un derecho humano básico).

el último momento. Ello requiere la consideración del enfermo como ser humano hasta el momento de la muerte, el respeto a sus creencias y valores, así como su participación en la toma de decisiones mediante una relación cercana y sincera con el equipo asistencial. Se asocia el hecho de morir con dignidad a la ausencia de sufrimiento. También hay que tener en cuenta otros factores humanos, como la presencia de los seres queridos y la creación de un entorno amable.”¹⁷

En Chile existiendo distintas fuentes y visiones, destaca el artículo 23 del Código de Ética del Colegio Médico el cual aborda el morir dignamente. “Ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, debiendo procurar al enfermo los cuidados paliativos inherentes a la dignidad de todo ser humano, hasta el final de sus días”, dice textual el segundo párrafo. En ese sentido, independiente a la inminente perspectiva técnica de la norma, se reconoce existe una prerrogativa moral ante un juicio de valor.

La ética resalta en la presente discusión de igual manera que lo hace bajo los conceptos anteriormente analizados en la presente investigación. Una vez visitados los conceptos de muerte y su incidencia en la medicina, podemos concluir señalar que el juicio personal de los seres humanos es la base para determinar el alcance de los derechos básicos de cada persona - en este caso a la muerte digna-, es insuficiente toda vez que dicho juicio debe apoyarse de otros criterios para así contemplar de forma uniforme al paciente que parece ver mermado su autonomía o cuenta con características especiales. He ahí cuando el principio general de la dignidad y sus aristas en su sentido negativo: evitar el dolor y el sufrimiento innecesario.

¹⁷ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Definición de cuidados paliativos, obstinación terapéutica, eutanasia y suicidio asistido. Acceso web: (https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/np_declaracion_atencion_final_vida_19_09_15.pdf) [consulta: 21 de mayo de 2020].

Es en ese sentido la dignidad actuaría en cuanto a la muerte como la justificación de anticiparla, pero a la vez es el límite para responder a la idea de este bienestar general. A modo de ejemplo, es una manifestación de tal principio el poder decir que el “mejor interés” de un enfermo terminal que sufre Alzheimer es dejar de administrar su tratamiento, aun cuando su voluntad se encuentre en discusión o dentro de un limbo normativo.

3. CONCEPTOS RELATIVOS A LA SALUD Y EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

3.1. Diagnóstico e incidencia en la Salud

El preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional¹⁸, define la salud de la siguiente manera «*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*» Así, observamos que la salud es un estado, por lo tanto para saber si una persona se encuentra en un estado de completo bienestar o no, es necesario someterla a evaluación, lo cual se lleva a cabo a través del diagnóstico médico..

Para el instituto nacional del cáncer, Diagnóstico es el “Proceso en el que se identifica una enfermedad, afección o lesión por sus signos y síntomas. Para ayudar a hacer un diagnóstico, se pueden utilizar los antecedentes de salud o realizar un examen físico y pruebas, como análisis de sangre, pruebas con imágenes y biopsias.”¹⁹ Por ejemplo, el diagnóstico clínico puede ser el primer paso para poder determinar si es que nos encontramos frente a una hipótesis de eutanasia o simple asistencia al suicidio, ya que a través del

¹⁸ Celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

¹⁹ Instituto Nacional del Cáncer (2019): Diccionario del cáncer. Concepto de diagnóstico. Recuperado de: <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/diagnostico> [consulta: 21 de mayo de 2020].

proceso cognitivo que ejecuta el profesional de la salud se determina una enfermedad o el estado de salud del paciente y así definen la existencia de cuadro clínico terminal o no.

Las circunstancias de un diagnóstico se constituye como el análisis biológico - método científico-, con el que se obtienen resultados certeros de los factores o las causas de la enfermedad de cada individuo, y se añade que un diagnóstico clínico correcto, sería aquel que se asegura con el trabajo de procesos validados, curvas de calibración o diferentes estándares que garantizan la obtención de datos tangibles los cuales importan una vital importancia a constituir la viabilidad de los actos ejercidos para resguardar la vida en un ámbito médico, como a su vez, determinar los índices de dolor o efectos de la prolongación de la vida y tratamientos en general. Una idea general de dolor puede entenderse como aquel fenómeno complejo que involucra una interacción entre los factores bioquímicos, los fisiológicos, los conductuales y los cognoscitivos, influenciados por los factores socioeconómicos, el sistema de creencias, la dinámica familiar, la habilidad de interrelación y los mecanismos de compensación.

Finalmente, la viabilidad de la vida es una declaración que debe estar debidamente acreditada, por tanto, su regulación dentro de la misma Lex Artis médica es altamente estructurada, cuando los antecedentes determinan que sólo es posible amenizar los efectos de mantener vivo artificialmente o que estamos en presencia de una enfermedad terminal.

3.2. Enfermedad Terminal o Salud Terminal

La enfermedad terminal o salud terminal, es un concepto que ha ido teniendo relevancia con el avance de la medicina y el estudio de síndromes, patologías y enfermedades con efectos irreversibles, impredecibles y duraderos en el tiempo, pero no súbitos en la muerte. Según la definición de la OMS y de la Sociedad española de cuidados paliativos, es aquella

enfermedad que no tiene tratamiento específico curativo o con capacidad para retrasar la evolución, y que por ello conlleva a la muerte en un tiempo variable (generalmente inferior a seis meses); es progresiva; provoca síntomas intensos, multifactoriales, cambiantes y conlleva un gran sufrimiento (físico, psicológico) en la familia y el paciente²⁰.

Según la historia de la ley N°20.584, sobre derechos del paciente se aprecia que esta define a la enfermedad terminal como la que sufre aquella persona que padece un precario estado de salud producto de una lesión corporal o de una enfermedad grave incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tengan por efecto retrasar innecesariamente la muerte.

En consecuencia, la función médica en las circunstancias que articulan “estados terminales”, esperan como resultado de la atención médica no “el curar” sino “cuidar” al paciente y tener presente todos sus derechos como individuo -dignidad en vida y en sentido negativo, evitar el sufrimiento-, a pesar de la persistencia y progresión irreversible de la enfermedad. Se trata de proporcionar la máxima calidad de vida hasta que acontezca la muerte, aplicando una nueva forma de atención médica o tratamiento integral que se denominó ‘cuidados paliativos’.

Como adelantamos, en general la totalidad de los actos de la medicina tienen por objetivo curar o sanar a una persona de las dolencias o afecciones que menoscaban su salud. Pero la medicina se complejiza a medida que los escenarios de la salud humana se enfrentan a distintos escenarios, es por ello que se distingue entre un tratamiento médico para curar, prevenir o para simplemente “paliar” los efectos de una enfermedad.

Para estos efectos podemos señalar que tratamiento curativo es aquel utilizado para interrumpir un proceso de desgaste o destrucción de la salud ya comenzado, exterminando por los medios apropiados los agentes de

²⁰ Buguies Mengual, Francisco y otros. PACIENTE TERMINAL. Guía de actuación clínica A.P. Acceso web: <http://publicaciones.san.gva.es/docs/dac/guiasap027terminal.pdf> [consulta: 21 de mayo de 2020].

destrucción o anulando sus efectos. Estos tratamientos se combinan generalmente con un tratamiento protector con el fin de asegurar el éxito del tratamiento por un tiempo lo más largo posible o propiamente tal, erradicar el agente.

3.3. Tratamiento

En sentido estricto, el tratamiento médico consiste en la planificación que ejecuta algún profesional de la salud para configurar un sistema de curación o de un esquema médico con distintas finalidades, esencialmente curativas. El personal médico elabora un plan detallado con información sobre la enfermedad del paciente, el objetivo del tratamiento, las opciones de tratamiento de la enfermedad y los posibles efectos secundarios, así como la duración esperada del tratamiento. Un plan de tratamiento también puede incluir información sobre cuánto es posible que cueste el tratamiento y sobre la atención regular de seguimiento después de que el tratamiento terminal.

La Superintendencia de Salud del Gobierno de Chile define al tratamiento médico con ocasión de la regularización del tratamiento del Cáncer, este concepto se encuadra como el procedimiento terapéutico indicado por un médico especialista de acuerdo a la etapificación de la enfermedad en que se encuentre un paciente con diagnóstico confirmado de cáncer. Los tratamientos consideran, entre otras prestaciones, cirugías, quimioterapia, radioterapia, braquiterapia, tratamiento de neutropenia febril, hormonoterapia u otras terapias medicamentosas, pudiendo indicarse en forma individual o combinada, según corresponda.

Los valores establecidos para los tratamientos definidos en el Listado de Prestaciones Específicas (L.P.E.) incluye en general: atención de profesionales de salud y de personal paramédico; las drogas su preparación y administración; los medicamentos, antibióticos, hormonas, sueros, sustancias radiactivas, otros; los insumos, tales como bombas, conexiones,

catéteres, sondas; los procedimientos de instalación, retiro o reinstalaciones de catéteres; la planificación, simulación e irradiación. Para efectos de esta normativa, se entenderá que el tratamiento ha sido efectuado y da derecho a su cobro cuando se ha completado la terapia planificada para cada paciente de acuerdo a la indicación del médico especialista tratante.

3.4. Cuidados paliativos

El origen de los cuidados paliativos inicialmente se desarrolló en Inglaterra como la filosofía de cuidados denominada *hospice*, para posteriormente con el progreso del estudio médico en 1990 la OMS asumiera la denominación general de cuidados paliativos como: “el cuidado activo y total de las enfermedades que no tienen respuesta al tratamiento curativo, con el objeto de conseguir la mejor calidad de vida posible controlando los síntomas físico-psíquicos y las necesidades espirituales y sociales de los pacientes”²¹.

Ahora bien, en nuestro país la ley entiende el concepto de cuidado paliativo como la atención activa y completa de los pacientes cuya enfermedad no responde al tratamiento curativo. Así mismo, se le otorga al derecho dos conceptos claves para que al legislador así pueda discernir entre las dos etapas que se enfrentan en el periodo terminal de un paciente y consecuentemente determinar ciertos efectos a los actos y omisiones del tercero tratante o profesional de la salud.

Estos corresponden a en primer lugar la **Sedación Paliativa**, la cual consiste en la administración de fármaco a pacientes en estado terminal con el fin de reducir su conciencia y aliviar uno y/o más síntomas, y por otro lado la **Sedación Terminal**, aquella que se administra a un paciente que está entrando en fase de agonía. Bajo ningún precepto las actividades resultantes

²¹ Ibid. p.2.

de cuidados paliativos deban tener la finalidad de la muerte, evitando confundirlos erradamente con actos eutanásicos.

La OMC (Organización Médica Colegial de España), señala que los cuidados paliativos constituyen lo que se denomina “Buena práctica” médica al final de la vida. Agrega: “Ya que estas proporcionan una atención integral a los pacientes cuya enfermedad no responde a tratamiento curativo y donde es primordial el control de síntomas, especialmente del dolor, así como el abordaje de los problemas psicológicos, sociales y espirituales. Tienen un enfoque interdisciplinario e incluyen al paciente, la familia y su entorno, ya sea en casa o en el hospital. Los cuidados paliativos afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; ni aceleran ni retrasan la muerte. Tienen por objeto preservar la mejor calidad de vida posible hasta el final. La buena práctica médica supone la aplicación de medidas terapéuticas proporcionadas, evitando tanto la obstinación como el abandono, el alargamiento innecesario o el acortamiento deliberado de la vida.”²²

3.5. Obstinación, ensañamiento o encarnizamiento médico

Se define como aquellas prácticas médicas con pretensiones diagnósticas o terapéuticas que no benefician realmente al enfermo y le provocan un sufrimiento innecesario, generalmente en ausencia de la adecuada información. Este concepto es clave para poder contrastar los valores que pueden verse afectados con la prolongación artificial de la vida.

La Real Academia de Medicina de Cataluña, al tratar lo que denominamos y explicamos cómo obstinación terapéutica, resume que el llamado encarnizamiento terapéutico es “una expresión coloquial que se traduce, de manera parcial aunque expresiva, el término más académico de

²² Al respecto véase, Consejo General De Colegios Oficiales De Médico, Definición de cuidados paliativos, obstinación terapéutica, eutanasia y suicidio asistido. pp. 2.

distanasia, palabra de origen griego que significa muerte difícil o angustiosa”²³.

Es entonces que conceptos como la distanasia, traen consigo la inevitable interrogante sobre si la eficacia del tratamiento la determina el profesional o el paciente. Para ciertos autores este juicio pertenece exclusivamente a la competencia del paciente, según las premisas previamente aludidas por el autor Marks Platt en esta presentación.²⁴

El autor César Gutiérrez Samperio, quien en atención a su profesión de médico cirujano, prefiere el uso de las expresiones “obstinación terapéutica” o “empecinamiento terapéutico”²⁵ disminuyendo el impacto ético asociado al término encarnizamiento; concuerda con la premisa de que cada paciente en particular debe valorar el costo-beneficio de los procedimientos y medicamentos aplicados. El autor ejemplifica: “Procedimientos como la intubación endotraqueal, respiración asistida, nutrición parenteral, aplicación de múltiples medicamentos, antibióticos y la misma cirugía, en muchos enfermos evitan una muerte prematura, ayudan a la recuperación de la salud y la rehabilitación del enfermo; sin embargo, en aquellos enfermos con un tumor maligno avanzado, con importante deterioro como consecuencia de una enfermedad crónico-degenerativa, complicaciones de una intervención quirúrgica que lo han llevado a insuficiencia órgano funcional múltiple resistente al tratamiento instituido, en quienes la valoración clínica y los índices pronósticos indican que el enfermo no es recuperable, el persistir en la realización de procedimientos invasores y aplicación de muchos medicamentos, que en nada benefician al paciente, llevan a la obstinación

²³ Documento de la Real Academia de Medicina de Cataluña, aprobado por unanimidad en sesión plenaria del 28/6/2005. Redactores-ponentes: Dr. Jordi Sans Sabrafen (q.e.p.d.) y Dr. Francesc Abel Fabre, s.j. (q.e.p.d).

²⁴ Véase, subítem 2.3., “La muerte digna como una manifestación de la dignidad.” Pp. 23

²⁵ En una entrevista con el personal médico; toma relevancia la discusión en torno de la obstinación médica en casos COVID-19 en Chile: [acceso vía internet: https://www.cnnchile.com/coronavirus/arturo-grau-covid-19-medicos-momentos-complejos-ventilacion-mecanica-aumentar_20200421/] [consulta: 14 agosto de 2020].

terapéutica que más que evitar una muerte prolongan una agonía.”²⁶ Así, el contenido inherentemente asociado al acto médico-profesional lo lleva a señalar lo siguiente: “Es común la crítica a un médico o un cirujano que se empeña en utilizar todos los medios a su alcance para “salvar” a un enfermo moribundo, que no reconoce que el paciente ha llegado al final de su ciclo vital, lo que hace por apasionamiento en su profesión, por soberbia al luchar obstinadamente con una muerte inevitable, por su desmedido interés en las actividades asistenciales, académicas, de investigación y en raras ocasiones por interés económico, olvidándose que lo más importante siempre es el enfermo. Corresponde al médico y al cirujano la decisión de continuar o no con un tratamiento intensivo, lo que también es motivo de crítica, si lo suspende se le acusa de abandonar al enfermo y si lo continúa sin razón cae en el empecinamiento terapéutico. El médico decide si continúa o no con las medidas de sostén, sobre la vida y posible muerte del enfermo a su cargo, por lo que no es raro que se diga que ‘Está jugando a ser Dios’, por lo que todas las decisiones se deben tomar de acuerdo con los deseos del paciente, la opinión de la familia o la persona responsable y en algunas ocasiones del Comité de Bioética Hospitalario.”

Dentro del contexto nacional, la autoridad académica representada por el Colegio Médico de Chile (COLMED), en igual sentido a lo señalado por Cesar Gutiérrez, utiliza una nomenclatura con un sesgo mucho menos crudo para denominar los actos de obstinación médica. Estos hablan del concepto de **Limitación de Esfuerzo Terapéutico (LET) o Adecuación de Esfuerzo Terapéutico (AET)**; que según señalan en diversas investigaciones del ramo, configuraría una denominación más afortunada “porque no se limitan los esfuerzos, sino que cambian los objetivos terapéuticos”²⁷, significando que la facultad de retirar o no perseverar con la ejecución de un tratamiento

²⁶ Gutiérrez Sampiero, Cesar, “¿Qué es el encarnizamiento terapéutico?”. Revista Cirujano General. Asociación Mexicana de Cirugía General A.C. Vol.38 no.3 México jul./sep. 2016 Epub 31-Mar-2020

²⁷ VIDA MÉDICA Adecuación del Esfuerzo Terapéutico: Procurando el buen morir en casos irreversibles COLEGIO MÉDICO DE CHILE. 4 diciembre, 2018. <<http://revista.colegiomedico.cl/adequacion-del-esfuerzo-terapeutico-procurando-el-buen-morir-en-casos-irrecuperables/>>[consulta: 05 septiembre 2020].

permanece siendo un acto de ejercicio de la profesión médica, aun cuando el resultado signifique la muerte. La implementación de dichas decisiones de acuerdo a los señalado por el COLMED, se apegan a las directrices innatas a la formación ética de los médicos y los comités de ética de los prestadores de salud.

A tenor de lo que se ha señalado por el Departamento de Ética del Colegio Médico (Dra. Constanza Micolich), la aplicación de la **Limitación de Esfuerzo Terapéutico (LET) o Adecuación de Esfuerzo Terapéutico (AET)**; cito: “a pacientes que tienen una condición de irrecuperabilidad, ya sea por el término de la vida, por una condición de enfermedad crónica o por un accidente. “Se basa en el principio de no maleficencia y proporcionalidad, es decir, no hacer más daño al paciente, con procedimientos que le van a generar dolor, expectativas, sufrimientos y costos sin beneficios previsibles”. Agrega que, si bien es una decisión médica, cada vez es más relevante la opinión del paciente. “La decisión se basa en criterios médicos. Se debe conversar con el paciente o sus familiares. Lo ideal es que la decisión la tome un equipo médico, ojalá de especialistas. Consensuar con la familia. Si este consenso no se logra a través de la comunicación, el caso se presenta al Comité de Ética Asistencial. Existiendo una buena relación médico-paciente, los parientes o el paciente comprenden la situación”²⁸. Bajo este punto, se puede sostener que en Chile en medida de que el facultativo médico conoce de la realidad total de la salud del paciente, debiendo atender a lo propuesto por la Ley N°20.584. principalmente al consentimiento informado.

El análisis en cuestión también hace referencia a la proporcionalidad de los tratamientos, la presidenta del Departamento de Ética del Colegio Médico del año 2018, Dra. Gladys Bórquez, expone que aplicar medidas directas para evitar la obstinación médica o realizar actos de adecuación del esfuerzo terapéutico es un tema de praxis médica. Puede apreciarse al tenor de lo declarado en la edición de la publicación del artículo “Adecuación del

²⁸ Ibid. P.27.

Esfuerzo Terapéutico: Procurando el buen morir en casos irrecuperables” del 4 de diciembre de 2018, que, al existir una inminente reducción al criterio del facultativo, se genere una preocupación radicada en “que todavía hay poco conocimiento de los médicos respecto de cómo cambiar acciones, revisión de los fines de la medicina y avance biotecnológicos”²⁹.

A su vez, el Colegio Médico de Chile desde la perspectiva de su gremio añade como factor importante a la determinación de la suspensión de tratamientos en caso de paciente terminales, la formación académica o conocimientos psicosociales del personal médico destacando como elemento sustancial en la relación médico-paciente y la habilidad de comunicación del profesional de la salud. No puede haber un médico que no desarrolle competencias de comunicación en el transcurso de su formación académica debiendo adquirir competencias comunicacionales, especialmente enfoque de malas noticias o malos pronósticos. La importancia que el mismo gremio médico le otorga a la perspectiva bioética como un componente de su formación académica y conocimientos que componen la *lex artis* de la medicina. La dificultad de la toma de decisiones respecto de la suspensión o adecuación de tratamiento en pacientes terminales atiende al desarrollo de métodos de discernimiento bioético para casos de alta dificultad que además implica la participación del comité de ética asistencial del hospital/centro asistencial correspondiente, el cual al tenor de la normativa administrativa contenida en el “Reglamento para la constitución y funcionamiento de ética asistencial” del Ministerio de Salud, debe estar compuesto por médicos en su gran mayoría con formación en bioética. Importa detallar la formación del médico, para efectos de análisis al sujeto que participa en el acto eutanásico y la responsabilidad que pueda emerger de actos de obstinación médica que profundizaremos más adelante en la actual presentación.

Parece ser necesario problematizar los casos en cuando la formación y cualidades personales del médico importar un factor clave en la toma de

²⁹ Ibid. p.27.

decisiones, existiendo situaciones en las cuales por objeción de conciencia³⁰, se decida persistir un tratamiento médico o abstenerse del mismo.

Al tenor de lo señalado previamente, se abre la posibilidad de comprender la perspectiva del médico en cuanto a la titularidad de los actos u omisiones desarrollados con ocasión del cuidado de pacientes terminales, la cual hemos reiterado, es adjudicada derechamente al prestador de salud. El médico reconoce su posición de garante y ante la carga de la toma de decisiones este busca siempre tener el respaldo del paciente o tercero competente con el fin de redistribuir las responsabilidades. De lo contrario, ante la determinación de daños en el desarrollo de tratamientos curativos o de otra naturaleza, los profesionales tendrían que siempre responder por resultados adversos; por lo cual, determinar la voluntad del paciente para someterse a un tratamiento o para prestar su negativa es fundamental como parámetro determinante de la reprochabilidad del acto médico. Según lo ya señalado anteriormente, la dignidad en el desarrollo de la profesión médica va de la mano con el completo avenimiento a la voluntad del enfermo, hipótesis como la de la obstinación médica, dan pie para la regulación y viabilidad de la eutanasia como práctica jurídica.

4. LA EUTANASIA

Para abordar la eutanasia es necesario no dejar fuera de la discusión los distintos aspectos que tocan tanto las ciencias sociales, como la ciencia médica; toda vez que, el valor o bien jurídico discutido es la vida, o en un sentido negativo, el poner término a ella de forma anticipada. Su tratamiento ha conllevado un sinnúmero de interpretaciones cuyo sesgo y alcance revuelve los

³⁰ Al referirnos a *Objeción De Conciencia*, estamos aludiendo al derecho individual a no atender aquellas demandas de actuación que resultan incompatibles con las propias convicciones morales de cada individuo. Acceso vía internet: <https://www.funeralnatural.net/sites/default/files/documental/archivo/eutanasiaestado2006.pdf> [consultado 15 de septiembre 2020].

conceptos desde la perspectiva de las emociones, la moral, la bioética y el derecho.

El debate de la eutanasia influye en todas las ciencias, provocando fronteras, colisiones y convergencias de posiciones. Y como bien nos hace presente el profesor Alejandro Leiva en su estudio a la regulación de la eutanasia, la no consagración de un concepto absoluto en el derecho chileno obliga al ciudadano a restringir la interpretación que se le da a su autonomía verificando sus actos a lo que es jurídicamente permitido, obviando con ello, las apreciaciones morales y sociológicas que le subyacen.

El presente trabajo ha intentado indagar en una serie de conceptos que nos permitan afrontar las diferentes hipótesis que la eutanasia nos abra a discutir. Es por ello que el alcance de lo que tratamos en cuanto a la autonomía y la dignidad, es necesario delimitar lo que es la eutanasia.

4.1. Concepto

Previo a definir un concepto restringido de eutanasia parece prudente analizar la etimología de la palabra “eutanasia”, esta es de origen griego y distingue entre los vocablos “eu-”, que significa “bien”, y “thanatos” que representa la muerte, es decir, la buena muerte o la muerte dulce. El autor Luis Jiménez de Asúa relata que la creación de la palabra data del siglo XVII por el canciller inglés Francisco Bacon, al estudiar en uno de los capítulos de sus conocidas obras “El tratamiento de las enfermedades incurables”, alegando que el final de la vida se acepte por la razón y que la medicina debía proveer de todos los medios para lograr que se diera de tal forma, así como “un poeta dramático consagra los esfuerzos de su genio al último acto de su obra”. En consecuencia, desde un inicio la eutanasia representó un valor

positivo al cual se le adjudica un sentido liberatorio, he ahí la buena muerte.

31

En este sentido según la declaración sobre la Eutanasia pronunciada por la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, el significado del término eutanasia se refiere a la conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico. La manifestación del paciente abarca la posibilidad de rechazar tratamientos médicos desproporcionados o alternativas terapéuticas de dudoso éxito para su curación, y según expresa dicha Declaración, la voluntad del paciente debe ser respetada y no puede confundirse con una conducta suicida.³²

La eutanasia significaría una muerte tranquila, sin dolor, con fines libertadores de padecimientos intolerables y sin remedio a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales - esta es una concepción libertadora. También, la eutanasia puede practicarse mediante actuación u omisión médica que provoca la muerte del paciente mediante actos directos, a petición expresa y reiterada en el tiempo de quien padece una enfermedad incurable y dolores severos.³³

Se constituyen como requisitos copulativos de la eutanasia: la existencia de una persona enferma en estado terminal que sufra de dolores severos; la presencia de un médico o facultativo, persona distinta al paciente; que se otorgue consentimiento expreso y reiterado en el tiempo; y finalmente, que se ejecute por medio de actos directos e indirectos.

³¹ Jiménez Azua, Luid. Eutanasia y homicidio por piedad, 7ma edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p.337

³² Astudillo Alarcón, Wilson. MEDICINA PALIATIVA Y EL TRATAMIENTO DEL DOLOR EN LA ATENCIÓN PRIMARIA. 1º Edición, Buenos Aires. Argentina, 2012. ISBN:978-84-933596-5-2

³³ En Lorda, S. - Barrio, I. - Alarcos, F. - Barbero, J. - Couceirod, A.Hernando, P. "Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras". [visible en internet: <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>], p. 274.

Cuando tratamos conceptos claves relacionados con la eutanasia, la ciencia médica viene a otorgarnos distinciones y conceptos que nos otorgan un panorama de las situaciones de hecho que se asocian el estado terminal de un paciente, por lo cual es importante volver a observar el concepto de distanasia, es decir la prolongación de la vida de un paciente con una enfermedad grave e irreversible o terminal, mediante la tecnología médica, cuando su beneficio es irrelevante en términos de recuperación funcional o mejorar la calidad de vida.

La eutanasia admite distintos tipos de clasificaciones, en atención de las características que se le asocian, a saber:

- Eutanasia activa: acciones u actos positivos encaminados a producir deliberadamente la muerte de un paciente que sufre;
- Eutanasia pasiva: consiste en la cesación, retirada u omisión de intervenciones terapéuticas que se limitan a prolongar la vida biológica de un paciente que se encuentra en estado terminal o irreversible;
- Eutanasia directa: acciones que producen la muerte de un paciente de forma inmediata;
- Eutanasia indirecta: acciones cuyos vínculos de causalidad entre la muerte del paciente y la intervención es menos evidente, y no se encuentra claro cuál es el mecanismo de acción que causó finalmente la muerte;
- Eutanasia voluntaria: actuaciones realizadas a petición del paciente;
- Eutanasia involuntaria: acciones que sin mediar petición expresa del paciente, le provocan la muerte.

Sin perjuicio a lo anterior, a raíz de la configuración del concepto de eutanasia, debemos tener claridad acerca de los subconceptos que se le adjudican, tales como la *adistanasia* o *antidistanasia*, que es la cesación de la prolongación de la vida biológica del paciente permitiendo que la enfermedad

termine con la vida del paciente. Este concepto es un equivalente a los hechos, a lo que denominamos como eutanasia pasiva previamente, y que tiene como factor la intención de poner fin a la vida del paciente. Por otro lado, la *Ortonasia* que se denomina como la buena muerte, o como aquella que se da en el momento biológico adecuado a las condiciones particulares de la persona, a *contrario sensu* al concepto de *cacotanasia* entendida como aquella que se busca acelerar deliberadamente la muerte de un paciente sin que medie su expresa voluntad o deliberación de su parte. La cacotanasia en materia médica, y de acuerdo a las clasificaciones enumeradas previamente, es el equivalente a la eutanasia involuntaria. Y finalmente, la *criptotanasia*, es la realización encubierta, clandestina, de práctica de eutanasia, tanto a petición de los pacientes, como sin ella. Este último concepto es altamente discutido respecto a los alcances de la legitimidad que le otorga la clandestinidad del acto eutanásico, obviamente en el caso de que el paciente haya consentido, toda vez que, cuando no confluye dicha voluntad de extinguir la vida, estamos frente a una vulneración expresa del bien jurídico protegido de la vida.

4.2. El alcance ético

Al tratar el alcance ético de la eutanasia, tanto autores de la materia como la impresión general de las personas, se ven enfrentado a distintas doctrinas, matices y aristas divergentes que complejizan la discusión existiendo en los hechos posturas contrapuestas. Cabe destacar lo señalado por la Sociedad Española de Cuidado Paliativos, quienes advocan a que la eutanasia es una sola, y que las clasificaciones previamente esbozadas solo tienen fines de texto, y establece lo siguiente: “La distinción activa/pasiva, en sentido estricto, no tiene relevancia desde el análisis ético, siempre que se mantenga constante la intención y el resultado. Tan eutanasia es inyectar un fármaco letal como omitir una medida terapéutica que estuviera correctamente indicada, cuando la intención y el resultado es terminar con la vida del

enfermo. Esto es así tanto cuando se acepta como cuando se rechaza la eutanasia desde el punto de vista moral. Por tanto, el auténtico debate se centra en la aceptación moral y/o legal de la eutanasia sin que su carácter activo o pasivo tenga un significado sustancial”³⁴.

La autora, Erica Braum, coincide con tal declaración y reduce el debate ético a lo que determine la autonomía del paciente, a su vez, al análisis interno de quien lleve adelante la práctica con o sin conocimiento, tanto del enfermo como de los familiares³⁵.

Con ello, viene a colación nuevamente lo que significa el límite del análisis ético, el cual la autora reduce a lo que denominamos fuero interno y coincidiendo con las ideas contemporáneas de Kant, hace presente que las limitaciones que nacen del debate jurídico entorno a la eutanasia sobrepasan el estudio ético y trascienden a lo que denominamos limitaciones externas, las cuales se constituyen a base de un debate entre el orden público y la libertad individual, ámbito jurídico que se regulan subjetivamente al debatir el acto de la eutanasia.

Se analiza de esta manera el caso de la regulación de la eutanasia en la Nación Argentina, en donde se observa e incluye a través del derecho la voluntad paternalista del Estado por sobre la autonomía del paciente, quien a través de la coerción, desarrolla un concepto de justo universal donde en materia de salud, la voluntad de la persona no basta, el debate ético que se desarrolla a través de la conjugación de voluntades que otorga la interacción médico paciente terminal es insuficiente, y es trayendo el derecho a palestra que el Estado decide por sobre lo que las personas consideran que sería bueno para ellos: es decir “soportar el dolor hasta la muerte natural”.³⁶

³⁴ Altisent Trota R., Porta i Sales J. (presidente), Rodeles del Pozo R., Gisbert Aguilar A., Loncan Vidal P., Muñoz Sánchez D., Novellas Aguirre de Cárcer A., Medicina Paliativa (2002), Declaración sobre la Eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos Vol. 9 No. 1, p.37-40.

³⁵ Braum, Erica. Eutanasia, empatía, compasión y Derechos Humanos. Revista de Bioética y derecho. Perspectivas Bioéticas. Edición N°39, Año 2017. p.12.

³⁶ Ibid. p. 16.

Consecuencialmente, los límites se deslindan y trae a la mesa de discusión del conflicto lo que las emocionalidades de la compasión se retraen, esto es lo que se entiende por ético o no, existiendo de esa forma una sobreposición del sentir social en el debate de lo que es justo o injusto. De dicha manera la autora considera que el Estado vulnera la ética individual y la dignidad humana de los pacientes al no dar lugar a la compasión, concepto que viene de una emoción que no se encuentra reflejada en el derecho, pero como directriz del fuero interno de un ser humano se puede manifestar a través de actos y requerimientos voluntarios de las personas. Siendo incapaz de empatizar con los pacientes terminales y menos para liberarlos del dolor.

4.3. Auxilio al suicidio, eutanasia y el suicidio asistido. **Diferencias y similitudes**

El suicidio es una forma un de poner término anticipado a la vida, esa decisión puede ser producida por diversos factores psicosociales. Para la psicología y la ciencia médica, entre ellos el Dr. Durkheim, el suicidio es toda muerte que resulta, mediata o inmediatamente de un acto positivo o negativo, realizado por la víctima misma sabiendo que debía producir ese resultado, es decir, "habría suicidio cuando la víctima, en el momento en que realiza la acción, sabe con toda certeza lo que va a resultar de ésta". Dentro del contexto nacional cabe destacar que para el Minsal, según refleja su Norma General Administrativa N°027/2013, se contempla que el concepto de suicidio se configura en base a lo que establece la Organización Mundial de la Salud, quien define el suicidio como: *"Todo acto por el que un individuo se causa a sí mismo una lesión, o un daño, con un grado variable en la intención de morir, cualquiera sea el grado de intención letal o de conocimiento del verdadero móvil"*

Abordar el concepto de suicidio, es fundamental para efectos de delimitar los alcances que la eutanasia y su estudio implican, toda vez que las conductas y conceptos antes reseñados comparten una serie de

características y elementos capaces de confundir al lector. Ha prevalecido un debate público en nuestro país y en otros muchos sobre la manera de tratar algunos enfermos terminales o personas con cáncer y procesos degenerativos irreversibles para evitar el sufrimiento o para no tener que vivir la fase final de la enfermedad, destacando prácticas constitutivas de un suicidio asistido, auxilio al mismo y en algunos casos la eutanasia. Siendo menester esclarecer el alcance de cada término y su relación conducta-autor.

Hablar de auxilio al suicidio, necesariamente nos lleva al tipo penal definido y sancionado en el artículo 393 de nuestro Código Penal, que señala: “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.”³⁷ La conducta, al revestir la envergadura de delito, implica que un reproche y rechazo estatal a que las personas tomen la decisión consciente de terminar su vida siendo asistidos por un tercero; sin que el consentimiento sea utilizado como eximente de responsabilidad. Por otro lado, cuando se habla de suicidio asistido propiamente tal, el profesor Alejandro Leiva López citando el texto de los autores Lorda y otros³⁸ logra definir en pocas palabras su significado; y señala: [...] se ha definido como aquella actuación de un profesional sanitario mediante la que proporciona, a petición expresa y reiterada de su paciente capaz y con una enfermedad irreversible que le produce un sufrimiento que experimenta como inaceptable y no se ha conseguido mitigar por otros medios, los elementos intelectuales o materiales imprescindibles para que pueda terminar con su vida suicidándose de forma efectiva cuando lo desee”.

Los matices sobre las actuaciones llevadas a cabo para poner fin a la vida. se complejizan cuando en los hechos interviene un tercero. ¿No es acaso la eutanasia otro caso de más de suicidio? En concreto, la naturaleza y

³⁷ Como la mayoría de la doctrina penal reconoce, el tipo penal contenido en el artículo 393 CP, tuvo su origen en el artículo 335 del Código Penal Español del año 1850 (25 años previos a nuestro cuerpo legal); el cual sancionaba el homicidio a petición u homicidio consentido.

³⁸ Véase , En Lorda, S. - Barrio, I. - Alarcos, F. - Barbero, J. - Couceirod, A.Hernando, P. “Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras”. p.274.

las cualidades subjetivas del tercero que interviene en el proceso del sujeto suicida constituyen parte fundamental de los factores que diferencian al suicidio de la eutanasia.

En primer lugar, debe establecerse ciertos parámetros para identificar las similitudes y diferencias de lo que constituye un auxilio al suicidio, suicidio asistido y la eutanasia; si bien la clave de tal diferenciación se encuentra contenida en los requisitos del tipo, para efectos del actual análisis dividiremos estos en dos ejes comparativos que denominaremos: elementos subjetivos y elementos objetivos. Sin perjuicio a lo anterior, previo al abordar una comparación completa debemos delimitar que las conductas enunciadas importan como consecuencia ulterior el término anticipado de la vida del actor o autor, quien expresa su consentimiento para poner fin a su vida.

Al hablar del elemento subjetivo, estamos hablando de los sujetos que participan en el acto eutanásico o de auxilio respectivamente; a saber: el autor³⁹ y el tercero. En cuanto a la calidad subjetiva del autor, el auxilio al suicidio se diferencia de la eutanasia, toda vez que el suicida no requiere necesariamente que este se encuentre en un estado terminal de salud. Como puede entenderse de la lectura del artículo 393 CP, el tipo penal en ningún momento alude a condición o antecedente de carácter subjetivo, este centra derechamente en el deseo de terminar anticipadamente la vida y la concurrencia de un tercero para el cometido. Por otro lado, la exigencia del tipo penal del delito de auxilio al suicidio no exige que la ayuda brindada por un tercero sea ejecutada por un facultativo médico, a diferencia de la eutanasia y el suicidio asistido, las cuales intrínsecamente contempla a lo menos la concurrencia de padecimientos físicos y psicológicos, como también la calidad de personal sanitario al tenor de lo ya señalado.

En cuanto a los elementos objetivos, estamos hablando de la conducta del autor y la solicitud expresa de asistencia en poner término su vida; y con

³⁹ Bustos, J.cit. (n.44). p.55.

ello los requisitos de la conducta y características propias. El auxilio al suicidio pese a la discusión que se desarrolla doctrinariamente desde la perspectiva penal del consentimiento, implica la colaboración y comisión de actos directos por parte del tercero que termina con la muerte del que no quiere vivir más, compartiendo aspectos de hecho directamente con la eutanasia, los cuales logran diferenciarse por cuanto en este último procede en un contexto de una relación médico-paciente. Ahora al referirnos a la diferencia de conducta respecto al suicidio asistido, pese a los elementos en común que comparte con la eutanasia, según ya la hemos definido (actuación médica, enfermedad irreversible, petición expresa, etc), en cuanto la muerte es provocada directamente por el paciente y no por el tercero, alejándose de la hipótesis de conducta propia de la eutanasia y en cierta manera al auxilio al suicidio. Hago presente que la diferencia con ésta última se ve enfrentada a diversas posturas doctrinarias por cuanto el desarrollo del tipo es concebido tanto por hechos directos, como por omisiones (cuando existe la posición de garante por parte del tercero).

Habiendo establecido las diferencias entre las tres conductas, es menester mencionar que en el mundo, la eutanasia y la muerte medicamente asistida ha estado siendo incorporada en los ordenamientos jurídicos de diversos países como Holanda, Bélgica y Luxemburgo, como manifestación de la dignidad en el momento de la muerte. A su vez, como logra desentrañar la investigación de la profesional de la salud, Dra. Asunción Álvarez del Río⁴⁰, también el suicidio médicamente asistido (pero no la eutanasia) se permite en los estados de Oregón, Washington y Montana en los Estados Unidos, lugares que se presentan como ejemplo a otros países en los cuales se encuentra actualmente la discusión legislativa de su procedencia como alternativa real a los costos que se enfrentan los enfermos terminales. Dicha tratativa ha ido tomando mayor relevancia a medida que la información llega en forma más

⁴⁰ Álvarez del Río, A. "El derecho a decidir: eutanasia y suicidio asistido". Cirujano General Vol. 35 Supl. 2 – 2013 pp. S115-118 [disponible en <https://www.funeralnatural.net/sites/default/files/documental/archivo/eutanasiaestado2006.pdf>]

directa a los pacientes sujetos a la atención paliativa, quienes buscan una opción que no constituya una infracción a la normativa legal para poner fin a su vida. Los estados se ven enfrentados a pacientes terminales que no quieren o no pueden optar por la eutanasia o el suicidio médicamente asistido, a realizar actos determinantes como el dejar de alimentarse e hidratarse (voluntarily stopping eating and drinking, VSED). La práctica previamente descrita incluso ha sido reconocida como una alternativa de la que se habla cada vez más abiertamente en otros países, en donde el personal médico explica a los pacientes y familiares qué implica tomar esa decisión, el desarrollo detallado de las consecuencias inmediatas y qué recursos paliativo pueden serles suministrados para aliviar los síntomas en el proceso.

La eventual legislación de estas conductas en nuestro país vendría a determinar la incertidumbre existente en la normativa penal y sanitaria, con especial énfasis a las directrices e hipótesis emergentes en la Ley N°20.584 frente a problemas reales, experimentado por personas reales en circunstancias de enfermedades terminales.

II. PROBLEMÁTICAS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN MÉDICA EN UN CONTEXTO DE ENFERMEDADES TERMINALES: EUTANASIA Y CASOS DE INTERÉS JURÍDICO

1. Análisis precedente: valores jurídicos de los intervinientes en la relación médica

Como se ha abordado en la presente investigación, al hablar de muerte digna en el contexto de una enfermedad terminal se configuran determinadas hipótesis que se diferencian según la actividad o inactividad que realizará el profesional de la salud para poner fin a la vida, sean estos los postulados de suicidio asistido, el cese de tratamientos paliativos o eutanasia propiamente tal, el profesional de la salud se ve enfrentado a distintas disyuntivas como consecuencia de su eventual acción u omisión. A su vez, estos escenarios se enfrentan a una problemática ética que se ve ampliada al considerar en las variantes los distintos tipos de pacientes que pueden solicitar o no, poner término anticipado a su vida.

Dicho esto, en las presentes páginas nos abocaremos a abstraer de una forma generalizada los valores jurídicos que se encuentran circunscritos en la relación médica en el contexto de pacientes terminales asociando los conceptos abordados en los capítulos anteriores para luego de una forma particular, desglosar aquellos valores jurídicos reconocidos como principios en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Entendemos por eutanasia a una acción humana, activa o pasiva, en la que se elige la muerte, elección motivada por el deseo de finalizar un sufrimiento que se considera insoportable⁴¹, la eutanasia según vamos recapitulando conlleva la decisión de provocar directa o indirectamente la muerte con la finalidad de eliminar o evitar el sufrimiento de una persona enferma terminal. Comprendemos que la muerte de un ser humano no es hecho individual, sino que afecta al conjunto social, lo que hace considerar a algunos que el permitir que en una sociedad uno de sus miembros pueda

⁴¹ Pastor, L. (2019). Nota del editor, Eutanasia y Bioética. Cuadernos de Bioética (98) 30, p.11-17.

matar a otro independiente de su fundamento, podría suponer una ruptura importante tejido social⁴². Por lo tanto, la decisión sobre la eutanasia es siempre una decisión que aborda lo social en la cual intervienen en distintos niveles, tanto el profesional sanitario, como el enfermo, la familia e incluso, el Estado.

La inclusión del Estado como interviniente se explica al tener del deber de proteger y garantizar el derecho a la vida, y si bien el derecho a la vida se observa como la condición sine qua non de los demás derechos garantizados por el Estado, lo cierto es que este no es un derecho absoluto, y en muchas circunstancias se encuentra en pugna con otros valores jurídicos reconocidos por el Estado, así por ejemplo nuestra propia constitución al asegurar el derecho a la vida se reserva la posibilidad de dar muerte a una persona en pro de intereses punitivos, como lo significa en el excepcional caso de la pena de muerte⁴³, mismo conflicto se ve con la ponderación entre “*la protección de la vida del que está por nacer*”, derecho a la vida, salud y autonomía reproductiva de una mujer embarazada que desea abortar, etc. Ante el caso de la eutanasia, el Estado interviene regulando determinados escenarios y condiciones que abre a interpretación la posibilidad de dar fin a la vida humana, suponiendo su despenalización, esto se daría basándose en que el interés general se salvaguarda con una serie de requisitos o garantías que evitarían que tal práctica pudiera expandirse y afectar al bien de la vida humana en la sociedad general.

Adicionalmente, la llegada del liberalismo y el reconocimiento de la autonomía humana supuso para las ciencias bioéticas, la introducción del principio ético de justicia en la distribución de recursos, de equidad en el

⁴² Ibid. p.14.

⁴³ Desde la promulgación de la Ley N°19.734 en el año 2001, y los diversos convenios internacionales de derechos humanos que ha suscrito Chile, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos y el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la **pena de muerte**, se **mantuvo nominalmente en el Código de Justicia Militar, y en el artículo 9 de la Constitución respecto de los delitos de terrorismo**, para posibilitar el indulto particular y para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo, lo que es letra muerta, por cuanto ningún delito de terrorismo, y ningún otro (salvo alguno del Código de Justicia Militar) conserva esta pena.

acceso y de protección de los más vulnerables o vulnerados en salud⁴⁴, así hoy en día es deber del Estado asegurar el derecho a la salud creando políticas públicas que distribuyan los recursos y permitan una atención sanitaria para todos sus habitantes.

En Chile, el Estado actúa a través del ministerio de salud, institución que tiene potestades administrativas sobre el personal sanitario. Al aproximarse a un escenario en el que se proceda a legalizar o despenalizar la eutanasia, importa necesariamente involucrar al personal médico en su práctica, al ser ellos los llamados a ejecutarla, esto constituye una intervención directa de la relación médico-paciente. Como consecuencia, este escenario implicaría una desnaturalización del paradigma tradicional sobre la función de los profesionales de salud, la cual a grandes rasgos postula que son ellos quienes protegen la vida, y no quienes ponen fin a esta. Por lo tanto, abordar la eutanasia desde un punto de vista jurídico penal también comprende legislar e intervenir sobre el ejercicio profesional del personal de salud en nuestro país.

Desde la perspectiva del paciente, de acuerdo a lo ya abordado en capítulos anteriores de esta presentación, este interviene en la relación medica eutanásica como el sujeto pasivo al cual va dirigida la decisión de poner fin a su vida, por ello su *participación/voluntad* es requisito y finalidad para estudiar sus alcances, es el enfermo quien se encuentra padeciendo un sufrimiento que le parece insoportable, y por ende es la continuación de su existencia la que se cuestiona y constituye la posibilidad de ejercer un acto de eutanasia. En el enfermo se encarna la ponderación entre su derecho a la vida y el reconocimiento de su autonomía -*en los términos del liberalismo moderno*- para poder poner fin a un dolor, a la vida, de una forma digna. El mayor problema que se ha suscitado en el debate internacional sobre la eutanasia proviene de vislumbrar cuando un paciente puede otorgar su consentimiento

⁴⁴ León C, F. (2012). Ley de derechos y deberes de las personas en la atención de salud. Una mirada bioética. Revista Médica de Chile (140), p.1490-1494.

especialmente en la hipótesis de aquellos escenarios en que no lo puede hacer puramente, y como consecuencia, su voluntad debe ser sustituida por la de un tercero, como lo puede ser la familia o incluso el Estado. Estos escenarios serán los que analizaremos extensamente más adelante, por lo pronto es menester tener presente que los valores jurídicos que se ponderan sobre el paciente son: la inviolabilidad de la vida como bien jurídico supremo, versus el reconocimiento de autonomía y libertad del ser humano sobre esta.

Finalmente, sobre la familia y el círculo cercano del paciente también debe ser abordado en el debate sobre el consentimiento, especialmente en casos de pacientes terminales que no gozan de medios para poder otorgarlo, a modo de ejemplo, en caso de no estar conscientes. La intervención de familiares se discute ante escenarios como la existencia de un consentimiento expreso, previo y válidamente constituido, y la posición de garantes al deber de respetar y tolerar la decisión soberana del enfermo terminal.

Así en definitiva, “los intervinientes de la relación médica” actúan en las distintas etapas del ejercicio de la profesión: el Estado lo hace a través de regulación del margen jurídico; el personal médico es la parte que ejecuta; solicitando y manifestando el consentimiento, como lo hace el enfermo o la familia, y finalmente, tolerando la muerte como lo hace el entorno, tanto cercano desde un punto de vista particular, como a grandes rasgos lo hace la sociedad en su conjunto, viéndose comprometidos en estos planos el derecho a la vida, el derecho a la salud, la limitación del ejercicio profesional, la autonomía de la voluntad, y, la dignidad humana. Cuando hablamos de eutanasia propiamente tal, para el sujeto pasivo del acto eutanásico, este se justificaría como el ejercicio de un derecho, para el profesional de la salud sería un deber ayuda a que éste sea efectivo, y para el Estado conllevaría la regulación de un derecho que buscara asegurar la protección de la voluntad del enfermo y la facilitación de los medios idóneos para realizarlo⁴⁵.

⁴⁵ Al respecto Pastor, L. (2019). p.17.

A continuación, veremos cómo se han recogido algunos de estos valores en nuestro ordenamiento jurídico, en específico en la ley N°20.584 que “Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”.

2. La normativa chilena y la eutanasia en particular

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no contempla la figura jurídica de la eutanasia, ni activa ni pasiva ni tampoco el suicidio o muerte asistida, y como vimos anteriormente nuestro legislador ha constituido diversas instituciones con el fin de salvaguardar el derecho a la vida. Si bien actualmente en nuestro país la figura de la eutanasia no se encuentra tipificadas como delitos de manera expresa, tales conductas pueden ser subsumidas dentro de distintos tipos penales o injustos. A modo de ejemplo, nuestro código penal tipifica figuras como el homicidio, sea simple o calificado, parricidio, infanticidio y el auxilio al suicidio.

Al auxilio al suicidio, nuestro Código Penal lo tipifica en conjunto con el homicidio en el artículo 393, que versa: “*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*”. Existe acuerdo de que no se trata de un delito de homicidio, por cuanto aquí “*no se mata a otro*”, sino que es una figura especial donde lo sancionado es la colaboración que se presta a la conducta antijurídica de un tercero. La conducta sancionada es la de “auxiliar” a otro para que se suicide, o sea, prestarle cooperación, ayudarlo, importa, en definitiva, desarrollar actividades -hechos positivos- que técnicamente podrían calificarse de complicidad, conforme al artículo 16 del mismo código penal⁴⁶, con la exclusión, *según la doctrina*, de conductas que

⁴⁶ Garrido M, M. (2010) Derecho Penal, parte especial. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p.128.

impliquen una omisión como lo serían aquellas que conducen a una eutanasia pasiva, toda vez que estas no caben dentro del “prestar auxilio”⁴⁷ del tipo.

Ante tal escenario, en nuestro país desde el año 2004 a la fecha se han presentado ocho proyectos de ley que intentan regular la eutanasia y principalmente construir su concepto jurídico de forma independiente a los tipos penales señalados, de dichos proyectos, dos se encuentran archivados (Boletines 3690-11 y 4201-11); uno rechazado (Boletín 9602-11) y cinco en tramitación (Boletines 7736-11; 9644-11; 11577-11; 11703-11 y 11745-11)⁴⁸. El último de ellos, el Boletín N°11745-11 que busca establecer el derecho a la eutanasia, regula las condiciones para su ejercicio, y modifica en conformidad a ello el Código Penal, este fue ingresado en mayo del año 2018 y en la actualidad se encuentra en su primer trámite constitucional, siendo teniendo como último movimiento registrado en noviembre del año 2019.

Este proyecto de ley en su artículo 2º señala el supuesto de aplicación y sus requisitos de la siguiente forma:

“La persona a la que se le haya diagnosticado una enfermedad incurable y progresivamente letal, que le cause un padecimiento físicamente insoportable, podrá de manera excepcional, solicitar que se ponga término a su vida a un médico de su confianza. Esta decisión es personal e indelegable. Antes de realizar la solicitud el médico tratante deberá proporcionar formalmente de manera verbal toda la información respecto del diagnóstico de la enfermedad, sus implicancias, síntomas y tratamientos probables, además de sus efectos y probabilidades de recuperación”.

Posteriormente proscribiremos que los mecanismos utilizados para dar fin a la vida deben ser calificados por la ciencia como dignos y exentos de dolor. Como vemos, este proyecto de ley busca legalizar la eutanasia tanto activa

⁴⁷ Ibid. p.131.

⁴⁸ Esparza R, E. (2019) Disposición del derecho a la vida de los menores de edad: una necesaria discusión sobre eutanasia y suicidio asistido en Chile. Acta Bioethica. 24 (1), p.25-34.

como pasiva, pero el ámbito de su ejercicio sigue con la pretensión de estar restringido solo para aquellos casos de enfermos mayores de edad que sufran enfermedades terminales. Este proyecto vendría potencialmente a zanjar el escenario, sin perjuicio de los conflictos de cohesión con el resto de las instituciones de derecho asociadas al derecho a la vida.

En el año 2012 se promulgó la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, en su artículo 14 se ha dado a entender para determinado sector de la sociedad que una interpretación amplia de su nomenclatura constituiría una despenalización de la eutanasia pasiva, al señalar que las personas que fueran informadas de un estado de salud terminal, tienen derecho a denegar su voluntad de someterse a tratamientos que tengan como efecto prolongar artificialmente su vida. No obstante, el mismo artículo luego señala una prohibición expresa a la aceleración artificial del proceso de muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio, quedando en evidencia que la intención del legislador nunca fue dar un espacio para la eutanasia. Por su vital importancia, es que analizaremos extensamente la ley N°20.584 en los apartados siguientes.

2.1 Ley N° 20.584 y otros cuerpos legales, y su relación con el término anticipado de la vida

La ley N°20.584 comenzó su proceso legislativo mediante moción del ejecutivo en el año 2006, en el mensaje enviado al congreso nacional se puede observar cómo el proyecto buscaba incorporar a nuestro ordenamiento jurídico nacional, derechos que ya se encontraban ampliamente reconocidos en distintos tratados internacionales, así se lee en dicho documento lo siguiente: *“Por ello, consideramos que más que proponer derechos “nuevos”, este proyecto busca explicitar los derechos contenidos en dichos instrumentos y en nuestra propia Carta Fundamental, pero aplicados esta vez a las*

*situaciones concretas que se producen en la atención de salud*⁴⁹. Como se observa entonces, el objetivo de la ley nunca fue otro más que reconocer y sistematizar derechos y deberes a los pacientes dentro de la atención sanitaria, mas no innovar con un sistema moderno de salud, sin perjuicio, el mensaje señala expresamente como uno de sus objetivos que se buscaba la regulación de la muerte digna, centrándose en la posibilidad de armonizar el rechazo del ensañamiento u obstinación terapéutica.

Cabe destacar adicionalmente que la ley introduce modificaciones tanto al concepto de muerte, introduciendo y modificando -tal como se señala en acápites anteriores- lo que se entiende por *muerte cerebral*, como también un concepto de dignidad en la atención asistencial. Respecto de la muerte señala en su artículo 19 que el criterio será el de muerte encefálica, de todo el cerebro y el tronco cerebral, ya que este da la mejor certeza científica por el momento, y la suficiente certeza moral como para determinar que la persona ya ha fallecido para que el funcionario pueda extender el certificado de defunción. De esta forma pueden darse situaciones donde se están manteniendo artificialmente el funcionamiento de algunos órganos o sistemas, pero el paciente *ya ha fallecido*⁵⁰. En cuanto al concepto de dignidad, en el proyecto inicialmente se definía como una condición inherente al ser humano, subentendiendo que la dignidad comprende el respeto por la autonomía y libertad humana, así señala que respetar la dignidad se traduce en formulaciones y hechos concretos, especialmente en el respeto por su libertad, agregando que *“una sociedad democrática requiere avanzar en el desarrollo humano, una de cuyas expresiones es la ampliación de libertades, como la autonomía y control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos”*⁵¹, como se puede observar el proyecto se encontraba influenciado por un fuerte

⁴⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, (2020, 5 de junio) Historia fidedigna de la ley 20.584 <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4579/>

⁵⁰ Véase, León C, F. (2012). p.1490-1494.

⁵¹ Biblioteca del Congreso Nacional, (2020, 5 de junio) Historia de la ley 20.584 <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4579/>

liberalismo de corte humanista de acuerdo a los términos comprendidos en la presente investigación.

El avance hacia el reconocimiento de la autonomía de los pacientes, en cuanto a la libertad de poder elegir el evento de morir de forma digna, quedó plasmado en el párrafo 7 de la ley, que se titula “*de la autonomía de las personas en su atención de salud*”. En dicho párrafo, como veremos más adelante consagra el consentimiento informado, y el derecho de las personas declaradas como enfermos terminales, a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, contenidos en su artículo 14 y 16 respectivamente. De esta forma, la ley sobre derechos y deberes del paciente recoge los valores jurídicos de autonomía, dignidad, información desde la perspectiva del paciente y la familia, pero también desde la perspectiva del personal sanitario, de modo que se establece que estos pueden presentar *objeciones de conciencia* si así lo desean, solucionando entonces el temor de un sector a que se podría desnaturalizar el concepto clásico de la medicina imponiendo la realización de prácticas que podrían afectar *éticamente* la profesión o derechamente “*desmoralizarla*” a través del derecho -principio altamente utilizado por sectores conservadores al tratar materias sanitarias como el aborto y los procesos de adecuación de género ante reformas del sistema de salud-.

A su vez, el texto final recibió severas críticas de dos tipos: de aquellos que temen que la regulación de derechos de los pacientes podía significar una excesiva judicialización de la relación médica; y de aquellos que consideran que se ha recortado excesivamente el planteamiento inicial en cuanto a la autonomía, como en el caso de las voluntades anticipadas, que ha cambiado y se ha dejado cerrada la puerta al enfoque de fondo del reconocimiento de los derechos de los pacientes dentro de una auténtica reforma de salud⁵². La ley ya lleva 8 años desde su promulgación y se debe tener presente que una

⁵² Al respecto véase León C, F. (2012) p.1490-1494.

ley por si sola nunca es suficiente para una reforma estructural, pues se requieren cambios culturales y organizacionales, tales como generar modelos de atención, propiciar una cultura de la humanidad, calidad y seguridad, incentivar liderazgos adecuados para su promoción, establecer procesos de evaluación justos y por sobre todo incorporar a los propios pacientes en su atención en salud como sujetos activos de derechos y no entes clientelares.⁵³

2.2 Principios Generales y especiales de la Ley N°20.584

Para el objeto de nuestro estudio, la importancia de analizar los principios contenidos en la ley N°20.584, radica en que dicho cuerpo normativo se esgrime como la única en todo nuestro ordenamiento jurídico que regula situaciones de hechos que pueden interpretarse como una *muerte digna mediante la eutanasia pasiva* de acuerdo a los preceptos planteados en los acápite precedentes, pero aquella tipificación se desarrolla en forma breve y precaria, y tan solo un artículo. Por lo cual para comprender los alcances del ejercicio eutanásico en la actualidad y proyectar hipótesis hacia eventuales escenarios no regulados por nuestro ordenamiento jurídico, es preciso realizar un análisis hermenéutico de la ley que contemple el análisis de sus principios fundamentales.

El texto legal desde su proyecto contempla una serie de declaraciones de principios que luego de la discusión legislativa fueron incorporados en el texto final, para efectos de este trabajo los podemos distinguir entre aquellos derechos de los pacientes *relativos a la atención en salud en general*, y en aquellos relativos a la *muerte digna*. En el primer grupo encontramos el respeto a los menores de edad, respeto de la autonomía frente a la investigación científica, respeto por las personas con discapacidad psíquica o

⁵³ Milos H, P. (2014) Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. Santiago: Universidad de los Andes. p.14.

intelectual, confidencialidad de la información de salud y el reconocimiento al derecho a la participación ciudadana⁵⁴ en salud.

En general estos principios siguen las directrices generales del debate bioético, el respeto por los menores de edad se traduce en un deber de información y consentimiento, en el proyecto se indicó la necesidad de que los menores de edad sean informados y que su opinión sea consultada respecto a su estado de su salud, y en el caso de mayores de catorce y menores de dieciocho años, el proyecto exigía que ellos sean informados directamente por el profesional tratante, garantizando que no se pueda intervenir su cuerpo sin su consentimiento⁵⁵. Sin embargo, el texto final traduce este respeto en el deber del comité de ética de tener en consideración el interés superior del niño.

A su vez, respecto al respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual, el axioma de fondo es el respeto por la dignidad humana desde una arista del reconocimiento de cierto grado de autonomía, al contemplar por ejemplo la reducción de los casos de tratamientos involuntarios, la posibilidad de nombrar autónomamente un representante personal y la existencia de comisiones de protección de derechos de las personas con discapacidad mental⁵⁶.

Cabe destacar también que la ley le otorga una vital importancia a los comités de ética asistencial, a pesar de que sus dictámenes mayoritariamente sean solo de *asesoría y no tengan la capacidad de dictar normas de cumplimiento obligatorio*, su incorporación es un gran avance en la relación sanitaria, ya que tal y como se plantea en la Ley, los dilemas éticos de cada

⁵⁴ Leiva López, Alejandro. (2013) "La regulación de la eutanasia, según la ley N°20.584, sobre derechos del paciente". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI (Valparaíso, Chile) pp.528.

⁵⁵ Ibid. p.p. 529.

⁵⁶ Ibid. p.p. 530.

institución deben resolverse dentro de la misma, y los comités éticos ayudan a velar por el efectivo cumplimiento de los derechos de los pacientes⁵⁷.

2.3 El reconocimiento de la dignidad y su relación con la eutanasia

Como expresamos anteriormente, la ley N°20.584 fue motivada en parte por la necesidad de incorporar la muerte digna a nuestro ordenamiento jurídico, reconocimiento expreso de que la relación médica debe centrarse en la dignidad humana. Lo cual no es sino una respuesta a un modelo humanista en la evolución bioética de la medicina. Se reconoce el valor especial y único de cada miembro de nuestra sociedad, resaltando que las personas son el fin de toda norma y estructura social, por lo que los sistemas de salud, públicos y privados deben responder a dicho mandato⁵⁸.

El “*derecho a un trato digno*” se traduce en la práctica a través de normas de conductas dirigidas al personal sanitario como el deber de “*utilizar un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención*”, “*adoptar actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas*”, lo que incluye llamar a los pacientes por su nombre, “*respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona*” y no sacar fotografías o filmar sin su previo consentimiento, el que debe ser por escrito en caso de publicidad o difusión en los medios de comunicación⁵⁹.

También encontramos manifestaciones del principio de dignidad en el derecho de los pacientes a ser acompañados por sus familiares o cercanos en la atención médica e incluso acceder a asistencia espiritual cuando así lo requieran, o en el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se

⁵⁷ León C, F. (2012). p.1493

⁵⁸ Leiva López, Alejandro. (2013). p.531.

⁵⁹ León C, F. (2012). p.1491.

expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, como establece el artículo 7°.

Adicionalmente la dignidad, reconoce la libertad del ser humano, lo cual no es sino el trasfondo de la facultad de los pacientes de disponer y decidir sobre su tratamiento.

2.4 Autonomía del paciente y consentimiento informado

En el mensaje del proyecto se puede leer como uno de los objetivos de la ley constituía el reconocimiento del cuerpo como un espacio de soberanía personal, reconocer a los pacientes la autonomía y control sobre el propio cuerpo y sobre las decisiones del entorno que conciernen a su integridad y al ejercicio de sus derechos⁶⁰. El ejercicio de la autonomía se traduce en que los pacientes tienen el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento, ya sean procedimientos *no invasivos*, o aquellos que pongan en riesgo su vida. Nuestro legislador entendió que la relación médica se da en un contexto de desigualdad de información, donde la mayoría de los pacientes no tiene el conocimiento para entender las complejidades de la ciencia médica y en consecuencia las implicancias que ciertos procedimientos pueden tener sobre el cuerpo, que se pretende soberano. Por lo anterior estableció que el paciente no sólo tiene derecho a decidir, sino que es necesario que este sea informado previamente por el personal sanitario, esto es lo que se ha entendido por “consentimiento informado”⁶¹, el cual según el texto legal sólo se ve excepcionalmente limitado por razones de salud pública o situaciones de emergencia que no hagan posible recabar la voluntad

⁶⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, (2020, 5 de junio) Historia fidedigna de la ley 20.584 <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4579/>

⁶¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala: “el consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CASO I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 159.

de la persona. En concordancia con lo expresado en el artículo 10 de la ley N°20.584 este derecho solo se limita: *Cuando la condición de la persona no le permita recibir la información directamente, ya sea por dificultades de entendimiento o alteración de conciencia; y cuando se está frente a una atención médica de emergencia o urgencia, que impliquen un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, los familiares o representantes legales.*

Por otra parte, es menester hacer presente el análisis de los elementos que componen el consentimiento informado que realiza el abogado Eduardo Ignacio Silva Jerez desde la perspectiva de los Derechos Humanos, en ese sentido, puede sustraerse de la jurisprudencia de la CIDH (Corte Internacional de Derechos Humanos) los siguientes aspectos fundamentales al consentimiento:

“1.- Ser previo: Este requisito consiste en que lisa y llanamente la manifestación de voluntad debe ser anterior a la ejecución del acto médico, y que ‘no es posible convalidar el consentimiento después.’

2.- Libre: En palabras de la Corte, esto significa ‘sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. Tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado.’

3.- Pleno e informado: Para poder considerar que el consentimiento cumple con estas características se requiere que el paciente haya recibido ‘información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente’. ⁶²

⁶² Estos elementos fueron extraídos de las siguientes sentencias: (1) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CASO I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. (Excepciones

Estos antecedentes otorgan la validez para los efectos de las decisiones recayendo principalmente en el derecho a ser informado.

En específico, el derecho a la información contempla que toda persona tiene derecho a conocer de parte del médico u otro profesional su estado de salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles y el riesgo que ello pueda representar, así como el diagnóstico esperado, y el proceso previsible del post-operatorio. Además, toda persona puede solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que contenga el período de su tratamiento, el diagnóstico y los procedimientos aplicados⁶³.

2.6 La capacidad del paciente

Continuando con la idea de que la ley buscaba reconocer la dignidad inherente de las personas y trasladarla al plano de las atenciones de salud, la ley reconoce que toda persona es libre y soberana respecto a su cuerpo y por ende puede decidir respecto de los tratamientos a los cuales se someterá o no. En nuestro ordenamiento jurídico la capacidad es un atributo de la personalidad, es decir algo inherente a todo ser humano que la ley reconoce y resguarda desde el nacimiento hasta la muerte, sin embargo, nuestro legislador con el objetivo de salvaguardar los derechos de ciertas personas ha establecido una serie de requisitos para el respeto de la voluntad y autonomía de aquellos que podrían ver su consentimiento viciado. Así las cosas, la ley

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr 181. (2) Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). CASO I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr 189 (3) Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibid.* - CORNEJO, M. y VALLEJO, G. Ob. Cit. P. 155 [citado por: Eduardo Ignacio Silva Jerez en MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA COMO MECANISMO DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA, Y PSICOSOCIAL EN EL AMBITO DE LA SALUD. Universidad de Chile. Santiago. Año 2018].

⁶³ Biblioteca del Congreso Nacional, (2020, 5 de junio) Historia fidedigna de la ley 20.584 <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4579/>

N°20.584 también reguló cuando una persona debe entregar su consentimiento y que sucederá en los escenarios en que no pueda hacerlo.

Respeto a la forma en la que se debe otorgar el consentimiento informado, se establece que este proceso se efectuará en *forma verbal*, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos de diagnósticos, procedimientos terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10⁶⁴ de dicho cuerpo legal.

La regla general es que los pacientes deben otorgar personalmente el consentimiento, salvo situaciones donde esta facultad ha sido puesta por el legislador en manos de otra persona, o en los casos excepcionalísimos donde no se requiera, a los cuales se refiere el artículo 15, a saber:

- a) Cuando la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones supongan un riesgo para la salud pública, como lo es el caso -a modo de ejemplo- de personas que son forzadas a realizar un proceso de aislamiento social cuando son portadoras de COVID-19⁶⁵.
- b) Cuando el paciente se encuentre en riesgo vital o en riesgo de tener secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata, siempre y cuando no sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

⁶⁴ Véase Leiva López, (2013) p. 533.

⁶⁵ La COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Tanto este nuevo virus como la enfermedad que provoca eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China) en diciembre de 2019. Actualmente la COVID-19 es una pandemia que afecta a muchos países de todo el mundo. Fuente: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

- c) Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

2.7. Análisis crítico y comentarios de los artículos 14 y 16, de la ley N°20.584

El paradigma del consentimiento informado está compuesto por los artículos 14 y 16 de la ley N°20.584, que a continuación desglosaremos.

Ambos establecen la posibilidad del paciente de decidir si otorgar o denegar su voluntad para someterse a tratamientos sanitarios, pero el ámbito de aplicación sobre el cual actúan es distinto: el artículo 14 recae sobre “*toda persona*” y se aplica sobre “cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”, por su parte el artículo 16 los destinatarios son aquellas personas que fueran informadas de que su estado de salud es terminal y el ámbito de aplicación es sobre tratamientos que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. Luego, el legislador establece que el derecho al consentimiento informado tiene como límites aquellas prácticas que pueden conllevar la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio, y en el caso de los pacientes en estado terminal el único objeto de rechazar un procedimiento médico es evitar la prolongación artificial de la vida, o lo que se ha denominado ensañamiento u obstinación terapéutica⁶⁶.

También se establece para el caso de los pacientes en estado terminal que el rechazo a la prolongación artificial de la vida no implica la negativa a acceder a *tratamientos paliativos* o a circunstancias que le permitan hacer más llevadera la enfermedad, como la compañía de sus familiares o asistencia

⁶⁶ Leiva López, Alejandro. (2013). p. 542.

espiritual, todo lo anterior haciendo un reconocimiento expreso a la dignidad: “Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte.”

Si bien la norma es clara en prohibir la eutanasia, ha recibido críticas de parte de algunos autores ya que el reconocimiento amplio de conceptos como el de autonomía y dignidad, y la consagración del rechazo a tratamientos médicos en términos casi absolutos se contrapondrían a la interpretación y aplicación que buscó el legislador⁶⁷.

Por otra parte, algunos autores señalan que la norma no busca bajo ninguna circunstancia disponer con la vida, ya que para ellos la vida es un valor absoluto e indisponible, y por lo tanto el consentimiento informado no es más que la consagración del derecho a la incolumidad personal. Es decir, el derecho a impedir cualquier injerencia externa en el propio cuerpo que no cuente con el consentimiento previo. Como el acto médico tiene injerencia en la esfera más íntima de las personas, es fundamental que el paciente apruebe el método o tratamiento que será utilizado, el derecho reconocido por la ley se limita a la posibilidad de rechazar injerencias sobre el propio cuerpo, sin conceder un derecho a morir o a disponer de la propia vida, y esto resulta bien claro al reparar en que los comportamientos que pretenden incidir directamente sobre la vida son expresamente prohibidos⁶⁸.

3. Responsabilidad médica y límites ante el término anticipado de la vida

Como ya se ha dicho a lo largo del presente trabajo, en Chile el ejercicio eutanásico se encuentra fuertemente prohibido, sin embargo, existen casos límites que desafían tanto el contenido ético como la regulación jurídica

⁶⁷ Ibid. p.543.

⁶⁸ Ossandón, María, El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer? Revista Derecho Público Iberoamericano (2): 153-204, 2013. p. 183.

vigente. Es ante estos casos que cabe preguntarse cómo puede actuar un profesional de la salud para librarse de un eventual juicio de responsabilidad, o en contraposición nos podemos preguntar si puede atribuírsele responsabilidad al actuar negligente de un médico frente al término de la vida.

Si bien es menester responder aquellas preguntas para situar el marco normativo y jurisprudencial vigente, el objetivo del presente capítulo es buscar la respuesta a la interrogante: ¿puede existir responsabilidad médica ante la obstinación, ensañamiento o encarnizamiento por la prolongación de la vida de un paciente a toda costa? Así en este capítulo nos dedicaremos a analizar el marco normativo vigente, y la *lex artis*, para así finalmente responder nuestra interrogante al trazar los límites del concepto “responsabilidad médica”.

3.1 Responsabilidad Penal

El Código Penal chileno contempla tipos que establecen como sujeto activo de delitos determinados al médico o a quien ilegalmente ejerce como tal, como por ejemplo los crímenes y simples delitos contra la salud pública (artículo 313 a ss. CP), a saber podemos citar el Artículo 313° b. que señala “el que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por fórmulas ocultas o sistemas infalibles, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”. Podemos observar que dicho tipo castiga el abuso de la confianza que tienen los pacientes con su médico, pero castiga el abuso de la credulidad del público, y no en sí mismo el ejercicio de la relación médica en lo referente a intervenciones o tratamientos. Cabe preguntarse entonces cuando un médico puede ser imputado punitivamente, específicamente en la antinormatividad del ejercicio eutanásico.

Como ya se señaló, la protección a la vida se encuentra asegurada en distintos niveles, de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo consagración constitucional por medio del artículo 19 N°1 “La Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley protege la vida del que está por nacer”. El artículo 391 N° 2 del Código penal chileno contempla como tipificación del homicidio el hecho “matar a otro”, esta escueta tipificación permite prescindir de otros elementos, es decir, el legislador es indiferente para la configuración del tipo penal la utilización de medios físicos, morales, o éticos, siendo en consecuencia, plenamente admisible el homicidio por omisión, siempre que se cumplan los requisitos impuestos para esta clase de delitos, a saber, producción y evitabilidad objetiva del resultado, posición de garante y su asunción, y equivalencia de la omisión con la acción típica⁶⁹, así en una primera instancia podríamos subsumir a priori la responsabilidad penal medica en los homicidios por omisión, por ejemplo en aquellos casos donde se cesa la prolongación artificial de la vida. Por otra parte, tradicionalmente se ha subsumido la responsabilidad medica en casos de eutanasia activa bajo el tipo penal de auxilio al suicidio, establecido en el artículo 393 del Código Penal chileno, que señala “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”.

Como ya vimos latamente en apartados anteriores, uno de los fundamentos del ejercicio eutanásico proviene del derecho a una muerte digna, En la estructura normativa dicho principio tiene su fundamento en el bienestar del paciente, en el sentido que se esgrime como un mandato de bienestar del enfermo establecido respecto del médico, es en este mandato donde se encuentra la clave sobre la responsabilidad que acarrea su inobservancia. Es decir, su infracción puede acarrear responsabilidad penal para el médico, por ejemplo, por las lesiones o el homicidio por omisión

⁶⁹ Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. por Polittof Sergio “et al” 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 33.

causado al paciente, en caso de que no le hubiese dado una atención sanitaria oportuna, pese a serle exigible. En un caso como el descrito, el médico habría infringido tanto el mandato de bienestar como la prohibición de no dañar al paciente⁷⁰.

Por lo tanto un eventual análisis de responsabilidad penal debe distinguir entre dos hipótesis distintas, en primer lugar se encuentran aquellos en que la decisión médica se basa en la constatación de la inexistencia de un tratamiento terapéutico adecuado para salvar la vida del paciente, donde el ejercicio médico se verá restringido a la realización de cuidados paliativos y prolongación artificial de la vida y en segundo lugar se encuentran aquellos donde lo principal es la voluntad del paciente de poner término a su vida, aunque existan posibilidades de sobrevida. Sin embargo en palabras de A. Etcheberry, “en ambas situaciones lo que está en cuestión es una determinada forma de ejercer la medicina, esto es, se trata de decidir en qué condiciones resulta legítimo el ejercicio de la profesión médica (lex artis) y no sobre la tipicidad del hecho”⁷¹. Por lo cual no cabe sino que ahondar y analizar la lex artis médica, y su aplicación por los tribunales chilenos.

3.2 Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil médica ha vivido distintos estadios en lo que se refiere a su calificación. Primeramente, se puede decir que los profesionales sanitarios vivían en un régimen de irresponsabilidad al pensarse que ellos eran los únicos que podían juzgar y evaluar las técnicas empleadas, desde fines del siglo XIX se puede considerar superada la discusión acerca de si es posible hacer responsables a los médicos, que supuestamente serían los únicos concedores de la lex artis. Posteriormente se señalaba que al ser una profesión de alta complejidad, los médicos sólo respondían de culpa grave, en

⁷⁰ Mayer, Laura. Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica. .Revista de Derecho PUCV (37),2011; 371-413.p 388.

⁷¹ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 1998 p. 32.

la actualidad es indiscutible que los médicos responden de toda culpa⁷². Si bien en la doctrina aún se discute respecto a cuál es la naturaleza y el régimen de responsabilidad civil a aplicar, es decir si es un régimen contractual o uno extracontractual, para los efectos del presente estudio no ahondaremos en dichas calificaciones, ya han escrito diversos tratados al respecto, y adicionalmente al estar situados en el análisis de la actividad eutanásica bajo el estudio de la normativa nacional vigente, y en específico bajo los artículos 14 y 16 de la ley N°20.584, nos parece que el debate se podría ver limitado a si el paciente o sus familiares prestaron o no consentimiento para la realización o suspensión de algún tratamiento, lo cual en palabras de M.Tapia tiene como consecuencia práctica: “en las responsabilidades profesionales, como la proveniente de la actividad médica, las diferencias entre estos estatutos resultan particularmente odiosas, pues el incumplimiento de los deberes profesionales acarrea en ocasiones daños tanto a clientes como a terceros, y ¿cómo puede justificarse que esta situación afecte las condiciones o la extensión de la responsabilidad del médico si se trata de una misma prestación profesional?; ¿puede sostenerse acaso que los deberes fundamentales de prudencia y de diligencia del médico son distintos si interviene a un cliente o si trata a un desconocido que es ingresado inconsciente?”⁷³.

En consecuencia, al prescindir de una calificación de régimen de responsabilidad exclusiva, cabe preguntarse cuáles son los criterios de imputación o exención comunes. La experiencia chilena sugiere que las reglas de imputación, para el personal médico son más estrechas que en el caso de las instituciones médicas: respecto de los primeros se debe probar una infracción a la *lex artis* en razón de protocolos y metodologías que han sido fabricados por la propia disciplina médica, mientras que para la organización se han reconocido formas de inferir su responsabilidad (teoría del órgano,

⁷² Tapia, Mauricio. Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio De Nacer Y Otros Problemas Actuales. Revista de derecho Valdivia. (15) 2003: 75-111. p. 88.

⁷³ Ibid. p. 83.

culpa organizacional, dependiente anónimo). En cuanto a las reglas de exculpación, son similares para ambos, ya sea que se acuda al riesgo terapéutico, al error estadístico o a la causalidad⁷⁴.

La ley 20.584 introdujo una serie de deberes de cuidados en materia de salud, por ejemplo, el derecho de un enfermo terminal “a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida” (artículo 16) anticipa el cuidado que se le debe en su atención; de igual modo, el servicio quedó delimitado por los deberes que el propio paciente y sus familiares tienen para con los prestadores, como el de respetar el reglamento interno del establecimiento de salud (artículo 33) o el deber de informar “de manera veraz acerca de sus necesidades y problemas de salud y de todos los antecedentes que conozcan o les sean solicitados⁷⁵.

Adicionalmente a crear deberes de cuidado, la ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes también consolidó el cambio en la relación médico paciente típica de la medicina moderna. En la actualidad, dentro de los principios que rigen la relación médica se encuentra el ya analizado principio de autonomía del paciente, que presupone la necesidad de consentimiento previo e informado, tal principio también ha influido considerablemente al ponderar la responsabilidad médica. El principio de autonomía o de respeto de la autonomía del paciente supone la capacidad de las personas de decidir o, desde la perspectiva del Derecho penal, de consentir reflexiva e independientemente sobre la aceptación o rechazo de intervenciones médicas que afecten su integridad corporal o salud, sin verse sujetas a controles o influencias externas diversos de la voluntad del paciente mismo⁷⁶. Así la responsabilidad de un profesional sanitario puede verse comprometida o exonerada ponderando si el paciente rechazó o autorizó un tratamiento,

⁷⁴ Larroucau Torres, J. ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?. Revista De Derecho Valdivia (27) 2014; 43-79 p. 45.

⁷⁵ Ibidem. p. 47.

⁷⁶ Véase. Mayer, Laura. (2011); p. 373.

como podría ocurrir en procedimientos quirúrgicos donde se autoriza expresamente a realizar cortes en la epidermis sabiendo que como consecuencia se tendrán cicatrices, quedando exonerado el profesional de la salud de cualquier reclamo posterior.

Se puede concluir que lo característico de la responsabilidad civil médica es que encuentra su fundamento en el incumplimiento de la Lex artis, aplicable ya sea por la naturaleza de la obligación contractual contraída o como parte del deber de cuidado exigible a cualquier profesional y particularmente al profesional concreto que actúa en las circunstancias del caso particular (Lex artis ad hoc)⁷⁷.

3.3 La “lex artis”

En conformidad a lo anterior, se observa como la lex artis se esgrime como el principal factor a ponderar en los casos de responsabilidad médica, ya sea desde un ámbito penal, construyéndola como una superación de la antijuridicidad, o desde un ámbito civil como contenido ya sea de la obligación contractual, o como parte del deber de cuidado que debió tener el profesional de la salud al momento de actuar. Entonces, ¿qué debemos entender por tal importante concepto? El diccionario panhispánico del español jurídico define a la lex artis como el conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse a la actuación de un profesional en el ejercicio de su arte u oficio.

Se ha traducido esta frase latina como el “Derecho del Arte”. De esta primera aproximación podemos desglosar que se trata de reglas internas de cada profesión que se deben observar para evitar malas prácticas. Lo anterior para una ciencia tan vasta y amplia, como la ciencia médica en la cual el conocimiento técnico siempre está en disputa y verificación, nos parece

⁷⁷ Wahl Jorge, Ficha clínica, uso de protocolos de seguridad y calidad, y consentimiento informado. Problemas de responsabilidad civil en Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes (2014).

difuso, con dicha definición no podemos distinguir por ejemplo que tratamientos innovadores cumplirían la *lex artis* o cuales serían causal de atribuir responsabilidad punitiva a un médico, en conformidad a lo establecido en el artículo 313° b. Abordar el enfoque jurídico, en aras de la imputación de responsabilidad es un trabajo complejo, considerando que el estado normativo de nuestro país, la única ley que define deberes específicos de cuidado, es la ley 20,584 y está lo hace de una forma amplia, además se debe tener presente que los códigos de ética no son normas vinculantes. Así, ante esta necesidad de especificidad los protocolos médicos y formación profesional⁷⁸ toman una importancia crucial.

La ley sobre derechos y deberes de los pacientes, señala en su artículo 4, norma que podemos observar como un deber de cuidado general, lo siguiente “toda persona tiene derecho a que en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud”. Podemos definir un protocolo, en relación a la *lex artis* como aquel documento que certifica la buena práctica médica de un médico o profesional de la salud sobre la base de la literatura médica en una experiencia clínica compartida o sobre la base de recomendaciones obtenidas de un consenso de profesionales⁷⁹.

Podemos observar entonces que al añadir el cumplimiento o no de protocolos a lo que se entiende por *lex artis*, vemos superada la disyuntiva referente a cuándo una práctica médica será parte de la *lex artis* y cuando no, el límite se encuentra en el consenso por parte de diversos miembros de la comunidad médica, y en aquellos casos donde no hay consenso, entonces no

⁷⁸ “La Universidad de Chile también otorga relevancia a la formación de las habilidades “blandas” del futuro médico, lo que es abordado desde los cursos denominados de dominio ético-social. Allí el alumno es evaluado por su capacidad de comunicar, escucha activa, asertividad, respeto, empatía, cordialidad, confianza, entre otros varios aspectos”. Acceso vía web <<http://revista.colegiomedico.cl/adequacion-del-esfuerzo-terapeutico-procurando-el-buen-morir-en-casos-irrecuperables/>> [Consultado 11 septiembre 2020]

⁷⁹ Por una objetivación de la *Lex Artis*

cabe si no que recurrir al consentimiento informado, señalándole al paciente específicamente que se someterá a un tratamiento experimental sin consenso por parte de la ciencia médica, y por ende el consentimiento en dichos actos debe ser especialmente específico e informado.

Sin embargo, a pesar de lo señalado en la ley 20.584 cabe preguntarse si los protocolos tienen fuerza obligatoria, y si lo tienen, su cumplimiento estricto es causal de exculpación. En Chile el órgano responsable de dictar protocolos es el Ministerio de Salud, sin embargo, no contemplan la generalidad de las actuaciones médicas, y estos tienen un mero fin referencial, que ante un eventual caso de responsabilidad médica le servirán al juez o a las partes como prueba que podría hacer presumir cuáles eran las normas del arte de la medicina, y si estas fueron aplicadas o no en conformidad a dicho arte, pero bajo ninguna circunstancia la *lex artis* se puede agotar, al menos en Chile, en el cumplimiento o no de protocolos, por lo cual, la *lex artis* será ponderada casuísticamente,

La apreciación casuística de la *lex artis* ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, señalando: “la *Lex Artis* está referida a los conocimientos, aptitudes, destrezas, habilidades, técnicas, procedimiento, medicinas, tratamientos que deben desarrollarse para realizar las acciones de salud que tienen por objeto preservar la vida y la salud de las personas. La *lex artis* se aplica en consideración al caso concreto en que tiene lugar la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, erigiéndose en “*lex artis ad hoc*”. Se ha dicho que La *lex artis* ha emergido como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión”.⁸⁰

⁸⁰ Corte Suprema, “Viveros Viveros con Correa Galaz”, 27 de diciembre de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 8983-2010, véase especialmente voto de minoría del Ministro Sr. Sergio Muñoz

3.4 El desarrollo del límite

Situándonos en el ámbito de la responsabilidad médica en contextos de pacientes terminales que deciden no continuar con tratamientos cuyo fin es la prolongación artificial de la vida, ¿nos preguntamos al inicio de este apartado si puede existir responsabilidad médica ante la obstinación, ensañamiento o encarnizamiento por la prolongación de la vida de un paciente a toda costa? Para responder este planteamiento cabe entonces señalar lo ya observado. En los casos de responsabilidad médica independiente de si esta es penal o civil, contractual o extracontractual, el consentimiento informado y la *lex artis* son los principales factores a considerar.

Así en los casos de pacientes que ya no desean prolongar artificialmente su vida, el derecho a denegar su consentimiento para eventuales tratamientos se encuentra especialmente consagrado en el artículo 16 de la ley 20.584, por lo cual ante un caso de profesionales de la salud que, por obstinación, ensañamiento o encarnizamiento médico, se estaría contraviniendo expresamente el mandato de voluntad del paciente, por lo que un profesional de salud sería del todo responsable. Sin embargo, de acuerdo a la *lex artis* nada obstaría que el profesional de salud realizara cuidados paliativos. No realizarlos, no solo incumpliría mandatos éticos que envuelven el ejercicio profesional, sino que también conllevaría un juicio de imputación de responsabilidad.

III. CONFLICTOS DE DERECHO Y OBLIGACIONES ENTRE LOS INTERVINIENTES. CASOS HIPOTÉTICOS

Como se señala al comienzo del presente trabajo, junto con desarrollar una serie de conceptos relacionados a la eutanasia y el tratamiento jurídico aplicable en Chile, su implementación en determinados escenarios e hipótesis nos permite comprender los alcances de la ley N°20.584 y de sus valores aplicados al cuerpo médico y la praxis médica.

El planteamiento de hipótesis nos permitirá analizar la perspectiva de los intervinientes en la relación médica, el cual abordaremos en primer lugar respecto a la perspectiva subjetiva de las partes, incluyendo las cualidades del autor y los terceros intervinientes; y en segundo lugar desde la perspectiva objetiva que recae en la conducta.

En síntesis, al tenor de la norma chilena y la restricción de toda clase de práctica eutanásica, consagrada en los artículos 14 inciso 3° y 16 inciso 1°, delimitaremos los actos y omisiones de los sujetos intervinientes, tanto dentro como fuera de la relación médica, la voluntad de vivir a toda costa y de terminar anticipadamente la vida, las problemáticas emanadas de la capacidad de los pacientes terminales y las consecuencias ante la facultad legal del rechazo a tratamiento; para contextualizar lo anterior dentro del ámbito de responsabilidad penal.

Sin perjuicio del acercamiento que las investigaciones en bioética y el derecho han postulado para los distintos escenarios a plantear a continuación dentro de los cuales se contraponen los valores resguardados por los diversos ordenamientos jurídicos y el deber de tutela de los Estados frente al tratamiento de enfermos terminales, esto, en relación al respeto de los derechos humanos de los pacientes en la relación médica, como del resguardo de los bienes jurídicos en el ámbito penal.

1. La voluntad de terminar la vida anticipadamente: Actos y omisiones fuera de la relación médica contractual

El estudiar un escenario en que se visualice el término anticipado de la vida de una persona independiente a su estado de salud fuera del contexto médico, carece de los elementos propios de la eutanasia y dirige el debate a un análisis estricto de tipos que afectan el bien jurídico protegido de la vida de forma directa.

Pese a que nos alejamos del debate de la eutanasia, es pertinente abordar determinadas conductas y conceptualizarlas para efectos de distinguir correctamente el bien jurídico a proteger, como los elementos del tipo y el eventual estatuto de responsabilidad aplicable.

En primer lugar, desde la perspectiva del sujeto que desea poner término a su vida en forma anticipada, ya hemos abordado latamente el concepto de suicidio⁸¹ y su tratamiento penal⁸². La historia del trato punitivo del acto suicida se origina en la influencia que la Iglesia ejercía sobre el ordenamiento jurídico chileno, estigmatizando al suicida. El doctor en historia Mario Fábregas, explica muy bien la integración de la sociedad civil del concepto del suicidio y su tratamiento en el código penal, señalando lo siguiente: “La independencia que la sociedad civil construía para sí, separándose de la Iglesia, se tradujo en hechos y acciones concretas que introdujeron nuevas perspectivas para interpretar las acciones humanas. Una dimensión hermenéutica se abría incorporando otros saberes y nuevas verdades. Por eso es que Vera vislumbraba, durante la segunda mitad del siglo XIX, que ‘tanto los legisladores como los profesores de la ciencia médica’ estaban de acuerdo ‘en suponer piadosamente que el que atenta contra su vida, lo [hacía] por no estar en el goce completo de sus facultades

⁸¹ Retomamos el concepto de suicidio configurado por Emile Durkheim: “todo caso de muerte que resulte, directa o indirectamente, de un acto, positivo o negativo, realizado por la víctima misma, sabiendo ella que debía producir este resultado”. Durkheim, Emilio, *El suicidio. Estudio de sociología*, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1928, [París, 1897], p. 5.

⁸² Para más detalle, véase acápite 4.3. del Capítulo “II.NOCIONES Y TÉRMINOS FUNDAMENTALES” p. 40.

intelectuales i por consiguiente, humanamente hablando, no es responsable de sus actos”⁸³.

Ante la imposibilidad de responsabilizar a un sujeto inexistente por el delito de suicidio, el Código Penal ordena lo siguiente: “*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.*” Por ende, se sanciona penalmente a quien preste auxilio, siempre que se compruebe que la ayuda directa al suicida fue realizada a sabiendas de que su objetivo era la muerte. En caso de no ser así o de no concretarse el intento de suicidio, no sería posible juzgar al tercero.

Ahora bien, despenalizado el acto del suicidio respecto al autor propiamente tal, es posible configurar otro tipo penal que también se encuadra en el análisis de la conducta de terceros, tal como ocurre en el auxilio al suicidio del artículo 393 CP, correspondiente al homicidio y sus interpretaciones doctrinarias.

El homicidio contemplado en el artículo. 391 del Código Penal, implica la conducta consistente en matar a otra persona, consistiendo así en una conducta activa de provocarle la muerte a otro. El estudio del tipo penal del homicidio fuera de la relación médica excede el objeto del presente trabajo, por lo que nos limitaremos a analizar el caso en que concurrieran actos y elementos objetivos de homicidio en la relación médico-paciente.

En un primer acercamiento a los actos eutanásicos, la doctrina ha conceptualizado lo que denominaremos como “homicidio por compasión”. Este se produce “*cuando alguien provoca la muerte de un paciente sin que exista una petición expresa de este y sin conocer, por tanto, su voluntad, pero*

⁸³ Fabregat, Peredo M. JUSTICIA Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR SUICIDIO E INTENTO DE SUICIDIO. CHILE: 1820-1920. Santiago de Chile, año 2017. p.37.

*actuando por compasión o piedad ante una situación de padecimiento muy grande, con la intención de procurarle un bien*⁸⁴.

A todas luces, esta conducta, sea dentro o fuera de la relación médica, cumple con el tipo constituido en el artículo 391 del Código Penal, siendo irrelevante el elemento de “piedad” o “compasión” antes señalado aún como atenuante para efectos de la persecución penal.

En cuanto al homicidio por omisión, aquella corresponde a una figura jurídica compleja a la cual nos referiremos al estudiar la articulación de la responsabilidad penal de la eutanasia pasiva.

La omisión, como elemento de la responsabilidad penal, se comprende como el no hacer una acción indeterminada, la que a su vez se caracteriza por un “no hacer una acción exigida o esperada”. Un delito de omisión se encuentra sujeto a la determinación de la imputabilidad de un resultado lesivo para el bien jurídico de que se trate, ante el “no hacer” y su posición como interviniente en la conducta típica del agente del daño.

Se distingue en doctrina entre el “delito de omisión propio” como aquel que se agota en la no ejecución de la actividad mandatada por la norma, significando que la acción típica se basta así misma por el hecho de no haber actuado cuando exigía un deber para ello⁸⁵. Por otra parte, el “delito impropio de omisión” corresponde a aquél en que además de existir un no hacer, o una no ejecución del acto ordenado por una norma jurídica imperativa, se exige que se produzca un resultado específico, el cual será imputado al autor de la omisión en virtud de la ley o por una equivalencia normativa entre acción y omisión⁸⁶. Puede entenderse a raíz de estas conceptualizaciones que la denominada posición de garante que ostenta el actor del hecho, se enviste en virtud de un cuerpo legal.

⁸⁴ Véase, C. De Miguel Sánchez, A. López Romero. (2006) p.207-215.

⁸⁵ Como es el deber de socorro contemplado en el artículo 494 N° 14 del Código Penal.

⁸⁶ R. Maurach, “Derecho Penal. Parte general.”, Barcelona, 1962. Pág. 262.

A partir de lo anteriormente descrito, podemos afirmar que el homicidio por omisión califica como un delito de omisión impropia. En virtud de su requisito de resultado, correspondiente a la muerte, y los requisitos del tipo correspondientes al deber de conducta y la posición de garante.

Dentro de la relación médica existen normas que establecen un deber de conducta para el personal sanitario, instaurando un deber de resguardo del bien jurídico de la vida. Para nuestro análisis, se destaca lo establecido por la ley N° 20.584, la cual contiene el deber de mantener las denominadas “medidas de soporte ordinario” ante una enfermedad terminal. Abordaremos dicho deber en las hipótesis expuestas más adelante.

Para concluir, la hipótesis sobre actos y omisiones con el objetivo de terminar anticipadamente con la vida fuera de la relación médica, importa una problemática de seguridad pública y política criminal que excede el objetivo del presente trabajo. Sin embargo, es dable señalar que a todas luces cualquiera de las hipótesis planteadas importa la constitución de un delito y una vulneración al bien jurídico de la vida y la salud pública.

1.1 El acto eutanásico dentro de la relación médica

Según se ha señalado anteriormente, el tratamiento de la eutanasia en la Ley N°20.584 se halla en su artículo 14, el cual establece que bajo ninguna hipótesis el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas y auxilio al suicidio.

La redacción de la anterior norma busca englobar un concepto más amplio que la eutanasia, al referirse a la “aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”, buscando prohibir todo acto que se le asimile o que pueda interpretarse como tal. Pese a ello, el legislador reconoce el derecho a las personas para rechazar todo tipo de tratamiento, encontrándose o no en estado de salud terminal, salvaguardando que el rechazo no implique anticipar el término de la vida.

Jurídicamente el límite al rechazo o la manifestación de voluntad en contra del tratamiento o acto médico, se puede encontrar en las hipótesis que se especifican en los artículos 15 letra a)⁸⁷, y 16 inciso segundo⁸⁸, suponiendo ambos casos el riesgo para la salud pública. Aquellas otras limitantes, versan sobre aspectos subjetivos del paciente terminal, como es el caso de que el paciente vea su autonomía mermada para emitir su consentimiento, contenida en el artículo 15 letras b) y c)⁸⁹.

Aunque la ley en forma explícita rechaza la eutanasia u acto a fin, como abordaremos en los siguientes acápite, el reconocimiento a los conceptos de autonomía y dignidad junto a la legalización del rechazo a tratamientos serían contrarias a la interpretación y aplicación visualizadas por el legislador. En efecto, las hipótesis a estudiar se relacionan directamente con la directriz anticipada o voluntad de rechazar un tratamiento, ocultando la intención de provocar la muerte, siendo dicho ocultamiento por parte del médico o del paciente terminal.

Previo a continuar con el desarrollo de estas hipótesis, es menester esclarecer a qué nos referimos con el concepto “directriz anticipada” y cuál es su relación con los documentos de voluntad anticipada o denominadas “voluntades anticipadas”.

En primer lugar, al hablar de “directriz anticipada” nos referiremos a toda manifestación de voluntad previa al hecho eutanásico y/o rechazo de tratamiento que cumpla con la intención de provocar la muerte en pacientes terminales. Entenderemos incluidos dentro de este conjunto a los documentos

⁸⁷ El artículo 15 letra a) de la Ley N°20.584, señala: “*En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.*”

⁸⁸ Respecto al estado terminal y rechazo de tratamientos, el inciso segundo del artículo 16 de la Ley N°20.584, señala: “*Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.*”

⁸⁹ Para efectos del tratamiento y modelo de decisiones subrogadas para pacientes incapaces, véase ítem 2.2.2.2. Caso B) “Paciente terminal y dificultades para la eficacia de su consentimiento informado al rechazo de tratamiento médico y voluntad subrogada”.

de “voluntad anticipada”, pese a las apreciaciones que existen para el caso particular de Chile y cada hipótesis en particular.

A partir de investigaciones recopiladas en las áreas de bioética y del derecho, hemos concluido que cualquier discusión que recaiga sobre la toma de decisiones en el contexto médico se encuentra investida por el principio de autonomía de la voluntad, el cual dota de efectos jurídicos a los valores y creencias que promuevan las decisiones de las personas. Lo anterior adquiere especial importancia al analizar hipótesis originadas en la imposibilidad de ejercicio de la capacidad jurídica, comprometiendo la dignidad de la persona⁹⁰.

Existe en derecho comparado una herramienta jurídica que busca otorgar absoluto y pleno valor a la autonomía y voluntad de los sujetos, denominado “voluntades anticipadas”. Respecto a esta figura, se señala que consiste en una “manifestación de voluntad, efectuada por una persona que el derecho considera plenamente capaz, respecto a las instrucciones que desea sean seguidas en materias sobre las cuales, eventualmente, no podrá pronunciarse por haber mermado sus facultades mentales, o por encontrarse en entredicho su competencia al momento de hacer efectiva su decisión, y respecto de las cuales podría legítima y autónomamente decidir, de no mediar la discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial”⁹¹. Su contenido y alcance han sido altamente estudiados, y frecuentemente se ha señalado por la

⁹⁰ Sirve para contextualizar lo señalado por profesionales del colegio médico, con ocasión del del encuentro entre conceptos como la limitación al esfuerzo terapéutico y las voluntades anticipadas: “Autores como Juan Pablo Beca y Francisco León, la Dra. Guisela Moya, magíster en bioética y académica de la Universidad Católica del Maule (UCM), reflexiona en torno a “la diferencia de la LET y AET, que apunta a un proceso, en que se produce un diálogo entre el médico con su saber y el paciente con su familia y sus valores, en el marco del respeto mutuo confianza y honradez y buscando como fin último la mejor solución para el paciente”. Coincide con la Dra. Micolich en la necesidad de contar con el documento “Planificación Anticipada de Decisiones (PAD) o Voluntades Anticipadas, aún poco frecuente de encontrar en las historias clínicas de nuestros hospitales y sin validez legal por ahora, y en el cual la persona en plena posesión de sus facultades mentales da cuenta de aquellas prestaciones que rechazaría o preferiría en caso de estar incapacitado de manifestarlas por enfermedad”. VIDA MÉDICA Adecuación del Esfuerzo Terapéutico: Procurando el buen morir en casos irreversibles COLEGIO MÉDICO DE CHILE. 4 diciembre, 2018 <<http://revista.colegiomedico.cl/adequacion-del-esfuerzo-terapeutico-procurando-el-buen-morir-en-casos-irrecuperables/>>[consulta: 19 septiembre 2020].

⁹¹ Eduardo Ignacio Silva Jerez en MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA COMO MECANISMO DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA, Y PSICOSOCIAL EN EL AMBITO DE LA SALUD. Universidad de Chile. Santiago. Año 2018].

doctrina que esta herramienta busca custodiar la dignidad de las personas, su autonomía, y su libertad.

En Chile, al tenor de la Ley N° 20.584, no se contempla la manifestación anticipada de voluntad. Es posible apreciar esta omisión expresa en la historia de la ley, toda vez que en el proyecto original se contemplaba la institución de los “testamentos vitales” a lo largo de toda la extensión de la ley, como también la posibilidad de designación de un apoderado por parte del paciente, cuya opinión debía priorizarse por sobre la opinión del representante legal⁹². Incluso, el entonces artículo 18⁹³ contemplaba una noción de esta herramienta jurídica muy similar a la existente en España, Alemania y Estados Unidos. Sin embargo, las aprensiones parlamentarias provocaron que fuera excluida del borrador final⁹⁴.

⁹² Ibid. p.90.

⁹³ “El artículo 18 del proyecto ingresado por mensaje del ejecutivo prescribía que “La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud. Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el Director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso. Para que dicha manifestación de voluntad produzca efecto, la persona debe cumplir con dos condiciones. Por una parte, debe tener un estado de salud terminal. Por la otra, debe encontrarse con incapacidad de manifestar su voluntad, no siendo posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo a lo establecido en la ley N° 19.451. También en ella podrá designarse un apoderado para las decisiones vinculadas a los tratamientos. Asimismo, podrá expresarse la voluntad de que todos o algunos antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no sean comunicados a terceros. De la existencia de esta declaración se deberá dejar constancia en la ficha clínica de la persona. En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propio del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética que corresponda al establecimiento de salud donde ésta sea atendida, el que velará especialmente por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos. De lo anterior, deberá dejarse constancia en la ficha clínica de la persona. Las declaraciones de voluntad regidas por este artículo son actos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente. La revocación podrá ser verbal y en cualquier momento, pero para ser oponible, deberá dejarse testimonio de ella por escrito.” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL.2018. Historia de la Ley N° 20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. p. 17.” [citado por Eduardo Ignacio Silva Jerez en MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA COMO MECANISMO DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA, Y PSICOSOCIAL EN EL AMBITO DE LA SALUD. Universidad de Chile. Santiago. Año 2018]

⁹⁴ Dentro las aprensiones principales se encuentran: i) La falta de especificidad en la cual podrían incurrir los pacientes, respecto a determinadas acciones que importe la prestación del consentimiento; ii) Costos de designación de un tercero y subrogación obligatoria de voluntad; iii) La obligación de este tercero que debe seguir al pie de la letra, pese a los cambios de la voluntad que puede manifestar el paciente con posterioridad a su otorgamiento; iv) La omisión de otros principios claves de en cuanto a la decisiones subrogadas. Al respecto es pertinente la opinión del Senador Carlos Larraín que puede ser consultada en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL.2018. Historia de la Ley N° 20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

No abordaremos en profundidad las “voluntades anticipadas”, por exceder al objeto de nuestro estudio, sin embargo respecto de ellas se formulan y existen determinadas normas que pueden ser reinterpretadas en cuanto a su formulación, como es el caso del artículo 15 de la Ley N° 20.584, en el cual se menciona la figura del apoderado del paciente, refiriéndose a éste indistintamente como representante legal y “persona bajo cuyo cuidado se encuentre”. Lo anterior puede otorgarnos un mayor entendimiento del marco ético-legal que envuelve a dicha figura jurídica presente en nuestra ley.

Habiendo establecido la regulación general en la materia, a continuación analizaremos diversas hipótesis a la pregunta principal de nuestro estudio. Dicho análisis nos permitirá examinar la punibilidad de ciertos actos, a partir de la posición de garante que ostenta el personal sanitario respecto de los pacientes terminales.

2. Hipótesis 1: Directriz anticipada de conservar la vida a toda costa

El acto eutanásico y aquellos que se le asimilan, necesariamente implican la voluntad de terminar anticipadamente la vida como elemento subjetivo del tipo penal. Sin perjuicio de lo anterior, en torno a la toma de decisiones en la relación médico-paciente pueden concurrir diversos escenarios que son pertinentes de abordar, los cuales exponemos a continuación:

2.1 Caso A) “Paciente terminal rechaza tratamiento sin la intención de provocar la muerte”

Antes de adentrarnos en esta hipótesis, es preciso señalar que desde un comienzo esta conlleva el reconocimiento que la normativa nacional aplica a las personas, sobre el derecho a los pacientes a rechazar un tratamiento, aunque su decisión pueda terminar en una posible o casi certera muerte. Así ejemplifica el profesor Alejandro Leiva al señalar: “Así, el paciente que sufre

<https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4579/HLD_4579_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf> p. 495.

de un cáncer y se encuentra en estado de salud terminal, podrá rechazar un tratamiento de quimioterapia, aun cuando ello implique un riesgo vital”⁹⁵.

Al respecto, existen interpretaciones restrictivas ante la segunda parte del artículo 14 en cuanto las limitaciones establecidas en el artículo 16 -ambos de la ley N°20.584-, esto es, que la persona sólo podrá rechazar el tratamiento en caso de encontrarse en estado de salud terminal, y que el tratamiento a rechazar tenga como único objeto prolongar artificialmente la vida.

Esta interpretación restringida se basa en una postura solo posible en la mente del legislador, ya que al tenor del estudio del artículo 15 y 16 de la Ley N° 20.584, ninguna entidad sanitaria podría obligar a un paciente terminal, a someterse a un tratamiento, por muy necesario que este sea bajo el criterio médico, si no supone un riesgo para la salud pública.

En el presente caso la voluntad prima por sobre el análisis de los hechos y los eventuales resultados, ya que el paciente desea vivir independiente de las razones que motivasen el rechazo del tratamiento. Al contrastar el contexto en derecho comparado, se concluye que este no tiene mayor relevancia, ya que la mayoría de los postulados indican que mientras exista consentimiento informado, voluntad plena y válidamente manifestada, no se vulneraría se su garantía de autonomía.

En ese sentido, la eventual responsabilidad penal del médico no tendría relevancia jurídica, puesto que la decisión riesgosa habría sido autónomamente elegida por el paciente. El desenlace fatal que pudiera suceder sólo sería imputable a la voluntad del paciente y el final que le deparase el “destino”. Así las cosas, el deber médico de tratar la salud y las facultad de tomar decisiones ejecutivas sobre el paciente se ven excluidas ante el deber de acatar la autonomía del paciente. La profesora Magdalena Ossandón ha agregado a lo anterior lo siguiente: “un eventual desenlace fatal es imputable al infortunio o al ámbito de competencia de la víctima, no porque

⁹⁵ Leiva, Alejandro. (2013). p.546.

la vida sea un bien disponible para su titular [...] sino porque con su conducta limita los deberes de garantía del médico o de otra persona que pudiere estar en una posición similar de garante”⁹⁶. Desde el punto de vista civil, también es imposible contraponer la posición de garante del personal sanitario ante el riesgo aceptado y autónomamente elegido por el paciente.

Esta hipótesis carece de elementos clave para la eutanasia, puesto que la muerte es un imprevisto en el desenlace del paciente, quien desea vivir. El rechazo al tratamiento, sin que exista la intención de provocarse la muerte, también carece de relevancia para el Derecho Penal, según ya explicamos. Tampoco es posible observar conflictos de ética desde el escenario médico.

2.2 Caso B) “La inducción médica al rechazo de tratamiento”

Abordar este caso conlleva dificultades prácticas e incluso hipotéticas, ya que el escenario que ostenta un paciente terminal viene acompañado con la idea optimista en la cual el prestador de salud tiene plenas capacidades para implementar un tratamiento curativo o cuidados paliativos necesarios para resguardar el bien jurídico de la vida.

Cuando hablamos de “inducción médica”, nos referimos a actos en un sentido positivo que ejerce el personal sanitario para que el paciente rechace el tratamiento ejecutado o pronto a ejecutar. Al no existir dentro del presente análisis por parte del médico un deseo de terminar anticipadamente la vida del paciente, solo se prevén dos opciones:

- i) El personal sanitario tiene convicción y antecedentes suficientes que el tratamiento que se le indica al paciente terminal, se

⁹⁶ Ossandón Widow, Magdalena, El derecho a rechazar tratamientos médicos ¿un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?, en Revista de Derecho Público Iberoamericano, Ediciones Universidad del Desarrollo (2013). p.188.

encuentre o no sujeto a aquél con anterioridad, puede constituir un agravio, un aceleramiento al proceso de deceso⁹⁷.

En dicho caso no sería posible establecer responsabilidad penal ante el eventual fallecimiento del paciente, como tampoco un conflicto de tipo ético-moral. En primer lugar debido a la falta de elementos para la configuración de ambos tipos penales de homicidio y de auxilio al suicidio. En segundo lugar, debido a que no existe una voluntad por parte del médico correspondiente a “que el paciente se suicide”. En concordancia con lo anterior, a partir de un análisis objetivo y subjetivo de conducta como inducción al suicidio, podemos concluir que, al no existir un tipo penal que contemple dicho hecho en nuestro ordenamiento jurídico, primaría el principio *nulla poena sine lege*, aún en el espectro culposo de la conducta.

- ii) Por negligencia y desconocimiento de los fundamentos científicos para la ejecución de un tratamiento y sus consecuencias para el paciente terminal.

De igual manera que se señala en el escenario anterior, no existe tipicidad para los actos de inducción al rechazo del tratamiento para imputar responsabilidad en sede penal.

En síntesis, tanto la conducta del personal médico como la del paciente no representan actos que revistan la naturaleza de eutanásico y/o actos que importen la muerte anticipada de la víctima/autor.

3. Hipótesis 2: Directriz anticipada de terminar con la vida

Habiendo conceptualizado y destacado los principios que rigen y se desenvuelven en el contexto de la relación médica, cabe reiterar que en Chile

⁹⁷ Por ejemplo, a través de una falla sistémica de órganos.

el consentimiento informado es un derecho reconocido por la ley, como mecanismo de regulación avalado en garantía y derecho humano.

En Europa se reconoce la autonomía del paciente como una garantía fundamental desde la celebración del Convenio de Oviedo⁹⁸, la cual significó su incorporación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el año 2000. Sin embargo, aún en países sujetos a tal normativa se ven enfrentados a la problemática que se desenvuelve en los casos en que el paciente sufre algún tipo de incapacidad que le prive de manifestar libremente su consentimiento y ejercer su derecho a la autonomía. El Convenio de Oviedo ha inspirado a nuestros legisladores al momento de incorporar normas en forma literal al catálogo jurídico la Ley N°20.854, lo que presenta diversos problemas de interpretación e integración de las normas con el resto de estatutos vigentes en nuestra legislación.

En virtud de estos principios ya destacados, deberemos revisitarse en el desarrollo del presente debate aquellos preceptos aplicables en escenarios de responsabilidad penal y conflictos de conducta efectuadas por los intervinientes, principios que la bioética reiteradamente indaga, desde la perspectiva del rechazo de tratamiento en pacientes terminales, en atención a la laguna jurídica existente en nuestra legislación nacional, cuyo símil se le conoce como eutanasia pasiva.

3.1 Caso A) “Paciente terminal rechaza tratamiento con la intención de provocar la muerte”

Como adelantábamos, la interpretación restrictiva a los artículos 14 y 16 de la Ley N° 20.854 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, puede ser fácilmente omitida. El profesor Alejandro Leiva, bien explica la incidencia

⁹⁸ El Convenio de Oviedo, se formula como un Instrumento de Ratificación para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), fue redactado en Oviedo el 4 de abril de 1997 y publicado el 20 de octubre de 1999. Texto completo, disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>>

respecto la normativa sanitaria, señalando lo siguiente: “[...], la norma establecida en la ley no se vería vulnerada, puesto que lo que proscribía es que el rechazo tenga precisamente por objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. Como ya explicamos, la muerte en sí, y ante el rechazo, se sobrevendría naturalmente, o dicho de otra manera, sin la intervención de terceros o de cualquier otro artificio que produzca la aceleración de su venida, caso en el cual estaremos frente a una muerte natural, en que la voluntad del paciente no influye causalmente, ni tiene relevancia normativa”⁹⁹.

En los hechos, al ser un elemento de la voluntad del consciente del paciente terminal, la conducta queda impune, pues es improcedente tratar a un paciente en contra de su voluntad. Cuando hablamos de autonomía del paciente, el respeto a esta es decisiva incluso cuando a juicio técnico del personal sanitario, sea considerado como erróneo. Mientras no procedan las causales contenidas en la ley para suprimir la voluntad del paciente, esta se sobrepone ante cualquier apreciación sostenida por terceros. Así también lo vimos respecto a la eventual responsabilidad penal por no considerar la autonomía del paciente.

Ante esta situación cabe preguntarse el límite de la voluntad del paciente. Al respecto, la doctrina se ha referido ejemplarmente al caso de un paciente terminal que posee antecedentes suicidas, ya que, al tenor del bien jurídico resguardado en un sentido amplio, ello implicaría una contravención a la salud pública. Puede apreciarse el caso que estudia a modo de ejemplo el profesor Roxin, quien para determinar la naturaleza de esta prevención ha citado el fallo del Tribunal Supremo Federal en el caso *Wittig* (1984)¹⁰⁰. El profesor señala que el Tribunal Supremo Federal absolvió al médico Wittig bajo un

⁹⁹ Leiva, Alejandro. p.546.

¹⁰⁰ El caso Wittig resuelve la muerte de una mujer de 76 años con una enfermedad grave y claros signos de duelo por la muerte de su marido. La mujer habría intentado suicidarse con una sobredosis de morfina y somníferos, habiendo dejado expresa constancia de su voluntad en un documento escrito, señalando lo siguiente “en pleno uso de mis facultades le pido a mi médico que no me ingrese en un hospital, residencia o en una unidad de cuidados intensivos, así como que no emplee medicamentos que alarguen la vida. Quiero tener una muerte digna”. Su médico tratante (Wittig) encontró a la mujer ya inconsciente y, a partir de su voluntad escrita, decidió no internarla en un hospital, acompañándola hasta el momento de su muerte.

análisis de los posibles efectos que hubiera ocasionado rescatar a la paciente una vez hallada, situación que habría conllevado daños graves e irreversibles a la paciente. A partir de lo anterior, el tribunal consideró justificada la decisión de no haber salvado la vida de la paciente, declarando que en dichas circunstancias al médico le sería '*básicamente inadmisibile*' plegarse al '*deseo mortal del suicida*'¹⁰¹.

Ante el ejemplo anterior sobre los límites a la autonomía del paciente, como es el caso en que el paciente terminal manifieste enfermedades de tipo psicosocial, nuestra normativa establece determinadas reglas y modelos de toma de decisiones que importan una conducta determinada para los terceros.

3.2 Caso B) “Paciente terminal rechaza tratamiento con la intención de provocar la muerte con participación y aprobación del profesional médico”

Habiendo señalado que la decisión tomada por un paciente terminal plenamente consciente no puede objetarse, especialmente cuando el deseo de morir se encuentra resguardado en el fuero interno de la persona, corresponde analizar el caso en que haya conocimiento de dicha decisión y de la voluntad del paciente por parte del personal sanitario.

La situación antes descrita importa un nivel más complejo de análisis, al existir conocimiento por parte del personal sanitario del deseo de morir del paciente, y que, a sabiendas de dicho deseo, se procediera a retirar el tratamiento o a no ejecutar uno nuevo.

Dentro de la esfera del principio de autonomía, pareciera que no habría inmediatamente relevancia para determinar una eventual responsabilidad penal, ya que como hemos señalado en las hipótesis precedentes, el paciente estaría actuando dentro de la esfera jurídica y la toma de decisiones planteada

¹⁰¹ Roxin, Claus, Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. En su: Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal (Granada, COMARES, 2001). p.3-38 (p-8)s.

por la Ley N° 20.584. Bajo dicha perspectiva, la asistencia del médico a tal voluntad no constituiría una conducta ilícita per se.

Habiendo señalado lo anterior, cabe cuestionarse el alcance y efecto de lo establecido en el artículo 16 de la Ley N° 20.854, en lo referido a las medidas de soporte ordinario que el médico está legalmente obligado a suministrar al paciente.

Esta interrogante se desarrolla en base a la nomenclatura que utiliza la norma, al señalar que el derecho a rechazar tratamientos recae sobre “tratamientos fútiles o que prolongan artificialmente la vida”. En aplicación de lo anterior, el conjunto de tratamientos que constituyen una medida ordinaria de soporte vital, como lo son la hidratación, alimentación o sonda gástrica, no podrían ser privados, toda vez que son útiles para la vida del paciente, aún si no extienden su expectativa de vida como paciente terminal.

El autor Alejandro Leiva, en un estudio de la historia fidedigna de la ley N°20.584, ha aclarado la discusión sobre esta materia presentada en la comisión de Salud en su segundo informe, señalando lo siguiente: “[...]los senadores señora Matthei y señores Larraín y Novoa, propusieron integrar al articulado la referencia a las ‘medidas ordinarias de soporte vital’, haciendo alusión a tratamientos como la hidratación, alimentación o sonda gasogástrica, las cuales no se podrán privar o rechazar jamás. Al retomar el punto en la oportunidad reglamentaria, el senador señor Chahuán manifestó que apoyaba ambas indicaciones en debate porque está por respetar en todo caso el derecho a la vida y el texto en ellas propuesto fija un límite a la voluntad del paciente. En efecto, sin descartar el derecho a bien morir y de rechazar el encarnizamiento terapéutico, impiden que por la vía de suspender las medidas de soporte vital se practique la eutanasia o se preste asistencia al suicidio. En contra de esta posición, el senador señor Rossi hizo presente que, a su juicio, resulta impracticable una disposición que obligue a alguien a aceptar las medidas de soporte. Por su parte, el ministro de Salud manifestó que, a su

juicio, medidas mínimas como suero, oxígeno y tratamiento anti escaras no se deben suspender en un establecimiento hospitalario.

Finalmente, el senador señor Ruiz-Esquide expuso que frente a un caso terminal, como siempre existirá una posibilidad de variación en el estado del paciente, por mínima que sea, no se le debe privar de medidas esenciales, como son el oxígeno y una vía abierta que puede servir a distintos propósitos, como hidratar y sedar, por ejemplo. Todos los miembros de la Comisión estuvieron contestes en que es inadmisibles dejar morir a una persona de deshidratación o asfixia, por lo que las medidas de soporte ordinarias proceden en todo caso [...]”¹⁰².

En el entendido de tal discusión, el médico no estaría facultado para retirar el suero del paciente terminal, lo que le produciría una muerte por deshidratación, pese a su solicitud expresa. El retiro del soporte vital en el ejemplo constituiría un acto de aceleramiento artificial de la muerte, siendo por ende una conducta prohibida por la ley y sancionable bajo el estatuto penal.

Desde otra perspectiva, se ha señalado en la doctrina penal que el médico que omite los “cuidados básicos” del paciente tendría responsabilidad penal a título de homicidio por omisión. Así lo ha establecido la profesora Magdalena Ossandón: “Dejar de proporcionar alimentación o hidratación no queda, en caso alguno, comprendido como parte de los comportamientos de riesgo que esta ley permite, por lo que el médico que omite estos cuidados básicos tendría responsabilidad penal a título de homicidio: el resultado será atribuible a esa conducta y no, como en las hipótesis de eutanasia pasiva, a la enfermedad o mal que aquejaba al paciente; pues el enfermo comatoso está vivo y podría seguir estándolo por mucho tiempo, al suspender la alimentación muere por inanición, no por su enfermedad. Lo mismo puede decirse respecto de la suspensión de las medidas básicas de soporte vital de

¹⁰² Historia fidedigna de la Ley N° 20.584, cit. (n. 47), pp. 587-596. [citado por: Leiva Alejandro. La regulación de la eutanasia, según la Ley N°20.584. Revista de Derecy9 XLI (2do Semestre de 2013) pp.128 p.548.]

cualquier paciente que no pueda –temporal o permanentemente– realizarlas por sí mismo”¹⁰³.

Esta formulación pesa sobre la posición de garante que ostenta el médico frente a un paciente terminal, el cual debe posicionarse por sobre la oposición de este último a las medidas de soporte ordinario. De este modo ha regulado el artículo 16 en su inciso primero: “Artículo 16.- La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario [...]”. Emanada de lo anterior que incluso ante el retiro del soporte vital que pudiera hacer por su cuenta el enfermo terminal, el personal sanitario se encuentra obligado a la reinstalación de este para cumplir con el mandato que la ley le otorga.

Se desprende de lo antes descrito que las medidas que no califiquen jurídicamente por la normativa penal y sanitaria como “medidas de soporte ordinario” podrían ser rechazadas independiente del resultado.

A partir de lo anterior surge una segunda interrogante, correspondiente a interpretación del concepto de “medidas ordinarias”, desprendiéndose de su concepto, a contrario sensu, la existencia de medidas “extraordinarias”.

La ley ha señalado que medidas como la hidratación, suero, oxígeno, tratamiento anti escaras, alimentación, sonda gasogástrica, entre otras, corresponden a medidas ordinarias, debiendo ser siempre proveídas al paciente por expreso mandato normativo. Por otro lado, en la práctica médica se han suscitado situaciones en que medidas habitualmente calificadas como ordinarias pueden pasar a ser extraordinarias en determinados casos; asimismo, ciertas medidas extraordinarias, como el soporte para la respiración artificial, pueden convertirse en medidas ordinarias o de soporte básico.

¹⁰³ Al respecto, véase Ossandón Widow, Magdalena, (2013).p. 193.

Lo anterior nos permite concluir que, concurriendo ciertas circunstancias, puede rechazarse un tratamiento aparentemente extraordinario, cumpliendo externamente con los requisitos legales, mas siendo este ordinario y básico.

Este vacío en la normativa es lo que podría llegar a constituir la hipótesis de eutanasia pasiva y con ello la búsqueda de la responsabilidad de los intervinientes bajo estatuto penal, y tipo del homicidio por omisión si es que fuera posible acreditar los elementos del tipo.

Ahora bien, definitivamente existe la posibilidad en la cual, el personal sanitario tenga la intención de provocar la muerte del paciente con ocasión del rechazo del tratamiento¹⁰⁴. Sin perjuicio de lo anterior, el rechazo a un tratamiento siempre constituye un riesgo asumido directamente por el paciente terminal, no pudiendo configurarse responsabilidad penal para el personal médico, a no ser que sean aplicables las prevenciones recién analizadas en cuanto a los tratamientos de soporte vital básicos.

La situación descrita cambia drásticamente cuando la voluntad del paciente es seguir viviendo y éste toma la decisión de rechazar el tratamiento en desconocimiento de los riesgos que ello implica¹⁰⁵. El escenario planteado necesariamente contraviene el principio consagrado en la normativa sanitaria del derecho al consentimiento informado. Dicho principio se encontraría derechamente vulnerado por el actuar médico, ya que el paciente tiene derecho a decidir en base a la información certera, real, oportuna y

¹⁰⁴ En este caso nos encontramos frente a hipótesis opuesta al acápite 2.2.1.2; toda vez que ahora el incitar al rechazo contempla una voluntad manifiesta de terminar con la vida del paciente. A mayor abundamiento, véase el artículo 9 del Código de Ética del Colegio Médico, el cual señala que: "El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna", quedando claro el rechazo a la eutanasia. Véase: Colegio Médico de Chile A.G., Código de Ética 2011 [visible en internet: http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/120111codigo_de_etica.pdf].

¹⁰⁵ Como es el caso en que el paciente sea dado de alta sin reunirse los requisitos para ello.

comprensible sobre el estado de su salud que le otorgue el personal médico¹⁰⁶.

En el escenario anterior, concurriría derechamente la responsabilidad tanto en sede penal como civil. Una parte de la doctrina postula que existe responsabilidad por negligencia culpable al tenor del art 491 del Código Penal, esto en virtud de negligencia médica por actos imprudentes, que se contempla en materia penal. Otro sector de la doctrina, al cual esta parte adhiere, establece derechamente la responsabilidad penal por homicidio por omisión. En este sentido, el profesor Alejandro Leiva bien señala la procedencia de dicha hipótesis a partir de la reinterpretación del consentimiento informado y la aplicación del artículo 16 de la Ley N° 20.584, señalando lo siguiente: “si la persona no fuere informada de que su estado de salud es terminal, no tendría derecho a otorgar o denegar su voluntad, y así al no haber voluntad o considerarse la voluntad entregada como nula o inexistente, no habría rechazo propiamente tal. El riesgo, por tanto, se desligaría del paciente puesto que fue creado por el facultativo, lo que haría responsable a este último, de la muerte del paciente a título de homicidio por omisión”¹⁰⁷.

En ese sentido, al no concurrir la voluntad de terminar anticipadamente la vida por parte del paciente¹⁰⁸, aquel caso carece de elementos propios de la eutanasia. La ausencia de dicho elemento es independiente de las intenciones y valores que justifiquen la incitación por parte del tercero, correspondiente en este caso al médico tratante.

3.3 Caso C) “Paciente terminal y dificultades para la eficacia de su consentimiento informado al rechazo de tratamiento médico y voluntad subrogada”

Habiendo analizado la concurrencia de los eventuales escenarios de responsabilidad a los cuales se pueden asociar los actos y manifestaciones

¹⁰⁶ Al tenor del artículo 10 de la Ley N° 20.584 y propio de la Lex Artis médica.

¹⁰⁷ Leiva, Alejandro. (2013) p.552.

¹⁰⁸ Siendo dicho elemento, a criterio de esta parte, esencial para la manifestación de la autonomía de la voluntad del paciente.

en el rechazo de tratamientos para el término anticipado, cabe señalar que en ninguna de las hipótesis señaladas se problematiza las características subjetivas del autor o paciente terminal; toda vez que nuestro ordenamiento jurídico apela a la capacidad de las personas como regla general.

En presente apartado describiremos los conflictos jurídicos emanados de las frustraciones al consentimiento informado para pacientes que sufren enfermedades terminales y dolorosamente prolongadas en el tiempo, los cuales, en consecuencia, justifiquen actos de término anticipado de la vida¹⁰⁹. Para ello desarrollaremos hipótesis, cuyas circunstancias se reducen a las de un paciente terminal que se encuentra incapacitado, ya sea en forma física, psicosocial y/o culturalmente.

Como adelantábamos en los acápite anteriores, los actos de rechazo de tratamiento en estado terminal se encuentran limitados en nuestro ordenamiento jurídico para aquellas personas que vean frustrada su autonomía plena en la etapa de manifestación del consentimiento.

En este sentido, la Ley N° 20.584 sobre los Derechos y Deberes de los Pacientes contiene ciertas limitaciones en los siguientes apartados:

i) Artículo 15 letra b), consagrando la facultad de los médicos para actuar cuando la condición de salud o cuadro clínico implique un riesgo de carácter vital o secuela funcional grave de no ser atendido en forma inmediata¹¹⁰;

ii) Artículo 17, que señala: “En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños

¹⁰⁹ Es menester señalar que el objeto del presente apartado no corresponde a analizar los conflictos y problemáticas provenientes de la falta de consentimiento o consentimiento viciado que concurren en el desarrollo de enfermedades y accidentes fatales o súbitos, y en los cuales deba mediar la concurrencia de voluntades de terceros para el sometimiento a tratamientos o intervenciones médicas.

¹¹⁰ Siendo dicha regulación representativa del modo de abordar al derecho a la vida en nuestro ordenamiento, como un criterio absoluto y conservador.

a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda”¹¹¹.

Podemos observar que la ley regula ciertos casos con un modelo subrogatorio de toma de decisiones, siendo lo anterior consistente con la prohibición de la subrogación para actos eutanásicos de forma general, sin perjuicio del correspondiente estatuto sancionatorio por la normativa sanitaria y penal ya estudiados.

A través del estudio de las hipótesis a continuación realizaremos un análisis subjetivo de la formación del consentimiento, los modelos de toma de decisiones y con su interacción con el escenario nacional, de forma integral con las perspectivas de la bioética y el derecho¹¹².

3.3.1 Paciente terminal impedido físicamente de manifestar consentimiento

Al analizar los impedimentos de carácter físico al momento de estudiar la manifestación del consentimiento de un enfermo terminal, nos referimos a aquellos escenarios en los cuales pacientes entran en estados de tipo

¹¹¹ La norma continúa señalando: “Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la persona o por sus representantes legales, se podrá solicitar la opinión de dicho comité.

En ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. En el caso de que la consulta diga relación con la atención a menores de edad, el comité deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos. Tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones del domicilio del actor la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

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

¹¹² A modo introductorio, corresponde señalar que en el derecho comparado es posible observar la concurrencia de modelos y patrones para la solución de dichos escenarios, existiendo herramientas reguladas para los casos en que concurren incapacidades físicas y psicosociales, como serían los documentos o declaraciones en las denominadas “voluntades anticipadas”, o el modelo deliberativo en el caso de menores de edad, que promueve una inclusión en el proceso decisorio, pese a la limitación de sus efectos con ocasión de su capacidad.

vegetativo o de inconsciencia tal que les sea imposible manifestar de forma efectiva su voluntad en un contexto de modelo de toma de decisiones¹¹³.

El denominado “estado vegetativo” corresponde a una condición clínica que presenta un individuo que se encuentra despierto, pero inconsciente¹¹⁴. En dicho escenario, el paciente conserva los ciclos del sueño-vigilia, puede mantener los ojos abiertos, hacer movimientos espontáneos e involuntarios, como gestos faciales, y puede respirar sin necesidad de asistencia artificial¹¹⁵. El paciente, a causa de lesiones cerebrales, no es consciente y ha perdido la percepción de sí mismo y su entorno, siendo imposible experimentar sensaciones, pudiendo mantenerse este estado durante un periodo prolongado, hasta la muerte. Al verse suprimidas las capacidades intelectuales, consciencia y comunicación producto de un daño a la corteza cerebral, no concurren a la actual hipótesis los actos de obstinación médica y/o prolongación artificial de la vida provocando un dolor insufrible, alejándose conceptualmente de cualquier acto de tipo eutanásico.

Bajo el entendimiento del filósofo español Michelle Piperberg, el conflicto bioético en la actual hipótesis radica en la suspensión de la hidratación y nutrición artificial. Al respecto señala lo siguiente: “Se trata de decisiones difíciles. Por un lado, por lo que a la medicina respecta, porque existe aún cierto desconocimiento en torno a este estado clínico, en concreto, sobre la vida mental de estos pacientes que está siendo en la actualidad objeto de estudio. Además, la literatura médica deja evidencia de casos de diagnósticos errados. Pero, quizás, la mayor dificultad reside en el conflicto moral que puede suponer para los propios sanitarios tener que decidir o

¹¹³ Cabe señalar que en el presente acápite no nos referiremos a la discusión sobre la hipótesis del paciente sujeto a ventilación y/o soporte artificial.

¹¹⁴ El término «estado vegetativo» fue acuñado por Fred Plum y Bryan Jennett en 1972. Plum F., Jennett B.: «Persistent Vegetative State after Brain Damage», *The Lancet* 1972; 299,7753:734-737.

¹¹⁵ Multi-Society Task Force on PVS. Medical aspects of the persistent vegetative state (1). *New England Journal of Medicine* 1994,33021:1499-1508. [citado por: PIPERBERG, M. Vigilia inconsciente. Análisis de un caso de estado vegetativo y diferentes modelos de toma de decisión. *Rev Bio y Der.* 2017; 40: 179-193].

aconsejar en estos casos ya que la decisión involucra cuestiones valorativas que exceden lo estrictamente médico”¹¹⁶.

Si bien el tratamiento de la hipótesis en la cual se enfrenta el paciente vegetal y terminal en los términos señalados es ajeno al principal objeto de la controversia en estudio, correspondiente a la eutanasia y al término anticipado de la vida, de su análisis se desprenden ciertos criterios ampliamente ilustrativos para la toma de decisiones en esta materia.

Dichos criterios pueden agruparse del siguiente modo

i) En cuanto a la voluntad del paciente. Según exponremos, el principio de autonomía siempre será la primera fuente para los modelos de toma de decisiones subrogadas. Así, en casos como el actual, la manifestación se puede descubrir mediante las denominadas “declaraciones o documentos de voluntad anticipadas” y la “orden de no resucitar”;

ii) En cuanto al respeto de la autonomía previa. Coherente con el punto anterior, la responsabilidad recae en los terceros y no el paciente, atendiendo a una interpretación de lo “que el paciente hubiese querido”;

iii) Los mejores intereses. Dicho modelo se basa en la voluntad de los terceros, decisión que se toma a partir de un estudio subjetivo de las consecuencias positivas y negativas del caso en particular.

Los modelos antes descritos son de aplicación transversal y podrán verse replicados en diferentes hipótesis, con especial énfasis en el caso particular de pacientes con discapacidad intelectual o psíquica. Sin embargo, nuestro país se aleja bastante de dar cabida a tales modelos de conducta. En el caso de Chile, se ha privilegiado la aplicación de la figura de subrogación

¹¹⁶ Piperberg, M. Vigilia inconsciente. Análisis de un caso de estado vegetativo y diferentes modelos de toma de decisión. Rev Bio y Der. 2017; Párrafo 2. p.182.

de la voluntad y el criterio sustitutivo de voluntad por sobre la autonomía del paciente¹¹⁷.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 15 de la ley N° 20.584 dispone que se puede prescindir de la voluntad del paciente en los siguientes casos:

a) “En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados supongan un riesgo para la salud pública”;

b) “En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda”; y

c) “Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”.

Lo anterior se relaciona con lo establecido en el Artículo 24 de dicha ley, el cuál reza lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento”.

¹¹⁷ Sin perjuicio del tratamiento normativo a nivel sanitario y constitucional de la formación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, como también la protección de los demás derechos de las personas con discapacidad, obligaciones que emanan del derecho internacional.

En Chile, a partir de lo regulado por la Ley N° 20.584, no se regula la manifestación anticipada de voluntad de los pacientes, no obstante contener actualmente la ley un apartado denominado precisamente “Del estado de salud terminal y la voluntad manifestada previamente”. Como bien se ha señalado, el motivo de la inexistencia de esta herramienta radica en el rechazo que el legislador demostró respecto a la institución de los testamentos redactados en vida.

Así, en la práctica, nuestro legislador ha optado por dotar de prevalencia la decisión ejecutiva del personal sanitario de no tratar la enfermedad terminal, previa autorización de quien corresponda, ya sea del paciente en estado vegetal o de inconsciencia o, en última instancia, simplemente manteniendo la vida del paciente hasta el último momento. De este modo, el debate ético ya no se centra en la inmoralidad de mantener con vida a un paciente terminal en condiciones altamente dolorosas, sino que redirige a los valores y principios que prioricen los terceros.

3.3.2 Paciente terminal víctima de patologías psicosociales, discapacidad intelectual y/o cognitiva

En la práctica médica siempre se han visto en constante transformación las directrices y protocolos para enfrentar la falta de consentimiento informado en caso que la salud mental o cognitiva se encuentre mermada o afectada. La aparición de nuevos casos e hipótesis con características particulares que complican la ejecución de tratamientos es cotidiana, por lo cual existe abundante doctrina e investigaciones de corte jurídico y bioético al respecto. La discusión en esta materia adhiere especial complejidad cuando los pacientes con patologías o invalidez intelectual se encuentran en estado terminal, donde la única certeza del personal médico es el sufrimiento perenne que su enfermedad anexa conlleva.

A modo introductorio, es pertinente referirnos a un concepto de discapacidad intelectual general. La Asociación Americana de Psiquiatría lo define de la siguiente manera: “se caracteriza por deficiencias en las capacidades mentales generales, como el razonamiento, la resolución de problemas, la planificación, el pensamiento abstracto, el juicio, el aprendizaje académico y el aprendizaje a partir de la experiencia. Los déficits tienen como resultado deterioros del funcionamiento adaptativo, de modo que el individuo no cumple con los estándares de independencia personal y responsabilidad social en uno o más aspectos de la vida cotidiana, incluida la comunicación, la participación social, el funcionamiento académico u ocupacional y la independencia personal en el hogar o en el entorno comunitario”¹¹⁸.

A raíz del concepto anterior la academia distingue entre la discapacidad cognitiva y la discapacidad de tipo psicosocial. La primera, señalan Bach y Kerzner, incluye a aquellas personas que “han experimentado un accidente cerebrovascular, demencias o la enfermedad de Alzheimer, y adultos mayores que experimentan otras formas de deterioro cognitivo a medida que envejecen”¹¹⁹. La discapacidad psicosocial, por su parte, se refiere a “personas ‘que experimentan problemas de salud mental y/o que se identifican como ‘usuarios de salud mental’, ‘sobrevivientes psiquiátricos’ o ‘locos’”¹²⁰.

Si bien no existe una definición de discapacidad intelectual en la Ley N° 20.584, aquella sí ha sido definida en el reglamento emanado de aquella, contenido en el Decreto N° 38 del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Redes

¹¹⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. (2013). Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition. Arlington, VA. P.31 (Traducción efectuada por el abogado. Eduardo Ignacio Silva Jerez, en tesis para optar al grado de magister. Título: MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA COMO MECANISMO DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA, Y PSICOSOCIAL EN EL AMBITO DE LA SALUD. Universidad de Chile. Santiago. Año 2018)

¹¹⁹ Bach, M. y Kerzner, L. (2010). A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity. Advancing Substantive Equality for Persons with Disabilities through Law, Policy and Practice. [En línea] Ontario, Canadá. Law Commission of Ontario. [citado por: Eduardo Ignacio Silva Jerez en MANIFESTACIONES DE VOLUNTAD ANTICIPADA COMO MECANISMO DE APOYO A LA TOMA DE DECISIONES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL, COGNITIVA, Y PSICOSOCIAL EN EL AMBITO DE LA SALUD. Universidad de Chile. Santiago. Año 2018]

¹²⁰ *Ibid.* p.35-45.

Asistenciales, de 17 de julio de 2012. En su párrafo sexto¹²¹, dicho reglamento establece lo siguiente: “se considerará persona con discapacidad psíquica o intelectual a aquella que, en forma asociada a una enfermedad mental, manifiesta un daño o limitación, temporal o permanente, en cuanto a su funcionamiento intelectual o adaptativo a la vida social y que, al interactuar con obstáculos del entorno, vea impedida o restringida su participación efectiva en igualdad de condiciones con las demás personas”.

Habiendo expuesto los anteriores conceptos, y en atención a la abundante literatura existente en la materia, nos referiremos en este acápite únicamente al concepto de “discapacidad intelectual” indistintamente con sus variantes, reconociendo la relación de género especie existente entre los términos ya descritos.

Para abordar el presente análisis, es menester distinguir si la incapacidad para manifestar el consentimiento por parte del paciente sujeto a enfermedad de la salud mental concurre en un tiempo y espacio determinados, atendiendo su prolongación en el tiempo y la certeza sobre su extensión en el tiempo, como también si la persona desarrolla cuadros de lucidez.

Siendo el primer escenario más común de lo que se cree, en la mayoría no existe incapacidad legal o debidamente declarada ante la autoridad competente, debiendo discutirse la viabilidad y necesidad de la subrogación a terceros de su voluntad¹²² como también si los cuadros de lucidez representan un antecedente suficiente para significar una manifestación de consentimiento y autonomía.

¹²¹ Al tenor del artículo 16 inciso final de la Ley N° 20.584.

¹²² Se hace presente, que se alude directamente a los intervinientes comunes como el personal médico, familiares, organismos públicos u otros.

Para estos efectos, analizaremos los estados temporales y permanentes de impedimento psicosocial, mediante ejemplos que se exponen a continuación.

La doctrina bioética aborda en forma especial el caso de los pacientes psicóticos, quienes constantemente se ven forzados a los tratamientos médicos de los que son objeto¹²³, sea por orden judicial o por voluntad de sus familiares. Durante los últimos años se ha promovido un debate dentro de la psiquiatría intentando determinar la vía correcta para la formación del consentimiento en personas con psicosis, formándose distintas posturas éticas que pueden agruparse en las doctrinas de la psiquiatría biológica y la de sus opositores contemporáneos.

La primera, correspondiente a la corriente dominante en salud mental, se reconoce como una psiquiatría biologicista, la cual al enfrentarse a la toma de decisiones de pacientes con psicosis, otorga máximo valor al tratamiento farmacológico del paciente psicótico, ponderando dicho tratamiento por sobre la autonomía de la persona tratada. Dicha doctrina propone incluso la utilización de métodos coercitivos para la administración de medicamentos e implementación de tratamientos, de considerarse necesario. Dentro de los argumentos a favor de una posición coercitiva frente al consentimiento informado de los pacientes psicóticos, los doctores españoles Miguel Valverde y José Inchauspe¹²⁴, destacan cuatro fundamentos:

1. Factor común de los pacientes con problemas de corte psiquiátrico. Dado que sufren perturbaciones cognitivas y conductuales, se asume su dificultad para comprender hechos y tomar decisiones;

2. Los problemas asociados a la psicosis. Tal es el caso de la medicación forzada, atendiendo que la medicación impide que se agudice un

¹²³ Incluyendo estos la medicación de los pacientes y el mismo ingreso a centros de asistencia médica.

¹²⁴ Valverde, Miguel A, Inchauspe José A. (2014) ¿Hay lugar para el consentimiento informado en los tratamientos de las personas con psicosis? Una reflexión sobre el tratamiento de las psicosis. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 30, enero 2014, p. 40-65.

cuadro clínico, suprimiendo la oposición y/o resistencia a tratamientos a suministrarse con posterioridad;

3. La tradición paternalista de la salud mental¹²⁵; y

4. La noción de la pérdida del “ser persona” asociado con la psicosis.

Estas características se construyen sobre la perspectiva de la falta de conciencia derivada de la enfermedad, desprendiendo a la persona de su contexto humano.

En contraposición, la postura que abanderan los autores previamente citados se funda como una crítica a la deshumanización de los pacientes que sufren de psicosis. Así, señalan mediante sus estudios estadísticos de la realidad psiquiátrica de España, que el consentimiento informado puede ser obtenido en los términos que se requiere en la ley para personas sanas¹²⁶.

Los autores exponen de este modo un mecanismo ajustado a una realidad plenamente extrapolable al contexto de un enfermo terminal, aunque la coerción en ambos escenarios no pueda evitarse. En ese sentido, dicha doctrina contemporánea propone que, al tenor de un avance y desarrollo de habilidades psicosociales por parte de los facultativos médicos, se avance hacia la autonomía de las personas enfermas, no existiendo impedimento para ejecutar hasta el final el deber de informar para obtener un consentimiento no vulneratorio de dignidad humana.

Frente a un escenario contrario a lo que concurre con pacientes y cuadros temporales de incapacidad, cabe destacar el estudio del modelo español para las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia

¹²⁵ Relacionada con la desestimación de las facultades del paciente que sufre de una enfermedad de corte psicosocial.

¹²⁶ Los autores, al referirse a la manifestación de voluntad de los pacientes dentro de un brote, señalan lo siguiente: “Incluso dentro de esta práctica podría el consentimiento informado tener mayor lugar que el actual porque fuera de la crisis, y si el paciente siguiera sin ser capaz de elegir, sus allegados sí podrían hacerlo, y en algún momento, también el paciente estará capacitado para elegir, si el clínico comparte su tiempo con él y muestra comprensión, porque el paciente psicótico no es incapaz todo el tiempo, ni para todas las cosas”. Véase Valverde, Miguel A, Inchauspe José A. (2014). p. 46.

realizado por el profesor Sergio Ramos Pozón¹²⁷. En dicho trabajo se expone una serie de normas y reglas para el caso de incapacidades totales o prolongadas en un espacio de tiempo. El autor señala la existencia de determinados principios éticos enfocados en un bienestar del paciente para la toma de decisiones por representación, tales como los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia, dignidad e inviolabilidad¹²⁸ en paralelo a la aplicación de las normas de actuación dirigidas a los prestadores de salud. Así, el profesor explica que la intervención a los pacientes debe concurrir, dentro de lo posible, como una consecuencia directa a un proceso dialógico¹²⁹, debiendo exponerse las pretensiones válidas del paciente, buscando evitar daños y alcanzar el mayor “bienestar”.

En su texto, el autor explica que en el proceso debe existir un examen jurídico de la capacidad de los representantes, para así descartar inviabilidades al ejercer su tutela, existiendo una prelación para las inhabilidades que los facultativos médicos no pueden desconocer, en similares circunstancias a las ocurridas en Chile. Finalmente, se refiere a las

¹²⁷ Sergio Ramos Pozón. Becario (FI-DGR 2011) del Departament de Filosofia Teorètica i Pràctica, Universitat de Barcelona. Correo electrónico: sergioramos@ub.edu (Texto: Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, enero 2015, p. 68-81)

¹²⁸ El principio de dignidad y autonomía ha sido latamente abordado a lo largo de esta presentación en virtud de su importancia y extensión, por lo cual es pertinente conceptualizar a grandes rasgos, el principio de beneficencia, no maleficencia e inviolabilidad. Toda vez que estos no son ajenos al resto de hipótesis con decisiones subrogadas. Al respecto, Sergio Ramos Pozón señala: “*Los principios de beneficencia y no-maleficencia han de ser concebidos desde la postura subjetiva y objetiva; la primera se evalúa en relación al bien y al mal desde la perspectiva de la persona; la segunda desde qué tipo de actuaciones médicas son aceptables y cuáles no. Al emitir decisiones subrogadas tenemos que realizar un balance entre daño y beneficio sobre qué actuaciones resultan ser lo mejor para la persona. Y por muy beneficiosas que sean, si la persona ha dejado constancia de que no las desea hay descartarlas. Con ello, se garantiza que las decisiones no imponen ningún tipo de tratamiento que ésta no quiera. El principio inviolabilidad fortalece que haya un respeto por la autonomía, que se le trate dignamente y que el daño y beneficio sean acordes con sus planes de vida*”. [Ramos Pozón S. Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, enero 2015 p.71]

¹²⁹ El autor al referirse sobre procesos dialógicos se está centrando al proceso mediante el cual, terceros al paciente o sujeto incompetente, logran recopilar antecedentes que serían representativos de la voluntad de la persona. Señala el autor: “*Es necesario que la persona sea autónoma y, por tanto, competente, al manifestar sus deseos, siendo este el momento idóneo para establecer procesos de discusión que dejen claro cómo articular las decisiones por representación. Dado que las personas pueden cambiar de opinión, es preciso que dicho proceso sea gradual, continuado e iniciado mucho antes de que se vuelva incompetente. Así, nos anticipamos a la futura decisión y tendremos más evidencia de cuál es su voluntad, dando así más garantías para llevar a cabo el derecho a la autonomía. Dado que han de intervenir la persona, el sustituto y los profesionales lo que estamos pretendiendo es que sean decisiones justas al permitir participar en la discusión a los afectados, llegando a consensos mediante procesos dialógicos*”. [Ibid., p. 70-71].

denominadas “normas de actuación”, las cuales cobran aún mayor relevancia cuando no se posee información sobre el paciente incapaz. El postulado del autor, basado en las directrices de los bioéticos norteamericanos Buchanan y Brock¹³⁰, implica la subordinación a tres líneas de actuación, siendo estas el “criterio subjetivo”, el “criterio del juicio sustitutivo” y el “criterio del mejor interés”, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

a) El criterio subjetivo implica las instrucciones que puedan existir en forma previa a la incapacidad por parte de la persona, deseos y preferencias, sean escritos u orales, cuya crítica se remite a la vaguedad que puede afectar a situaciones imprevistas;

b) El criterio del juicio sustitutivo, corresponde a aquel que efectúa un tercero a nombre de otro. El autor señala que este criterio se basa principalmente en las siguientes formulaciones: “1.- El sustituto ha de decidir lo que una persona razonable competente escogería si se hallara en las mismas condiciones, teniendo en cuenta que entonces sería incapaz; 2.- El sustituto ha de escoger la misma opción que tomaría el mismo paciente si fuera capaz. Para ello, es preciso tener en cuenta la escala de valores del incapacitado: aspectos psicológicos (miedos, tristeza...) y clínicos (diagnóstico, pronóstico, etc.); 3.- Se ha de realizar el mismo silogismo que utilizaría el propio paciente, y para ello ha de establecer unos valores (premisas) desde los cuales extraer las conclusiones”¹³¹. Señala que la segunda formulación sería la más acertada en cuanto a la compatibilidad de derechos y garantías del paciente;

c) El criterio de mayor beneficio o del mejor interés consiste en excluir al sujeto incapaz de la toma de decisiones, remitiéndose a solo aquello que mejor le beneficia. El problema de este principio radica en que, en su sentido

¹³⁰ Buchanan, A., y Brock, D. *Deciding for Other. The Ethics of Surrogate Decision Making*. New York. Cambridge University Press; Año 1989.

¹³¹ Ramos Pozón S. Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, enero 2015 p.73.

más estricto, implica los criterios de un tercero vulnerando el principio de autonomía en la toma de decisiones y la relación médica.

El estudio de estas conductas ha conllevado la implementación de otro tipo de normas vigentes a la toma subrogada de intervención, orientadas a la exclusión de los representantes inhábiles y la intervención directa del personal médico, en caso que los primeros no sepan valorar aspectos claves de la toma de decisiones, sufran otra especie de incapacidad, o que derechamente sea evidente un conflicto de intereses, escenario en el cual la intervención del facultativo médico sería fundamental.

Ahora bien, como ya hemos señalado, siendo la regla general en Chile la capacidad, la protección de los derechos humanos de los pacientes en estado terminal y que sufren algún tipo de discapacidad intelectual conlleva una serie de obligaciones para el Estado. El modelo chileno actual aplica el criterio de la sustitución de la decisión del “incapacitado”, siendo esto insuficiente desde la perspectiva actual de respeto a la dignidad y autonomía de las personas.

Nuestro ordenamiento regula los casos en que, con ocasión de la actividad médica, el paciente no se encuentre capacitado para manifestar su voluntad por sí mismo, siendo esto aplicable al caso de las personas con discapacidad intelectual. Así, a partir de la regulación del derecho a la información consagrado en el artículo 10 de la Ley N° 20.584, dicho artículo establece en su inciso segundo que la información debe ser entregada al representante legal del paciente, o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre, en caso que “la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia”.

A su vez, cuando la incapacidad se constituye sobre un estado transitorio, el consentimiento podrá ser manifestado por el paciente una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender. Si bien lo

anterior no tiene mayor incidencia para efectos del acto de rechazar un tratamiento en un contexto terminal, en el caso de estados prolongados en el tiempo, la ley siempre contempla la postura del sujeto a cargo del paciente, incluso si dicha persona no ostenta la calidad de representante legal, en casos de urgencia.

En cuanto a la judicialización de la incapacidad, podemos observar que en algunos países se ha regulado que, ante la falta de tutor o curador en los términos propios de la representación legal de un incapaz, se busque su declaración en forma extraordinaria¹³².

Finalmente, respecto a las hipótesis del artículo 15 contenidas en la ley N°20.584, cabe señalar que frente a un escenario de enfermedad terminal, sólo son aplicables las directrices contenidas en la letra c) de dicho artículo, debiendo recurrir a las normas que le siguen, propiamente tal el artículo 16 del párrafo segundo, en lo referido a la no prolongación artificial de la vida, al tenor de lo que esgrime la norma: “La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario”. Agrega en su inciso final lo siguiente: “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”. Lo anterior sin perjuicio del pronunciamiento que corresponda emitir al Comité de Ética del Centro Hospitalario al tenor del artículo 24 del mismo cuerpo legal.

Finalmente, podemos afirmar que entre las alternativas a las que se enfrenta un paciente terminal con alguna discapacidad intelectual en nuestro

¹³² En caso de existir un proceso de declaración de incapacidad vigente, en España se ha optado por derivar las decisiones al sometimiento del procedimiento o suspensión a la autoridad sanitaria y/o administrativa competente: como lo sería un Ministerio Fiscal, Síndico de Agravios y Tribunal Supremo) acelerando los procesos de incapacidad o derechamente tomando la decisión ejecutiva. Véase, Valverde, Miguel A, Inchauspe, José A.. (2014) p. 40-65

país, no se observó ningún mecanismo que contemple al menos la consulta de la opinión de este, existiendo para nuestra normativa solo personas plenamente capaces o incapaces. Esta premisa conlleva que el paciente pueda ser mantenido forzosamente y por la sola voluntad de terceros a un estado inaceptable de sufrimiento hasta el último de sus días. Esto debido a que, una alternativa corresponde a dar de alta al paciente, significando una desprotección y pérdida de supervisión médica la que muy difícilmente pueda ser aprobada por un comité ético, mientras la otra corresponde a un alargamiento innecesario del estado de dolor físico y psicológico que la enfermedad conlleve.

3.3.3 Paciente menor de edad

La práctica médica también se ve enfrentada a los problemas que derivan de la toma de decisiones y la autonomía en el caso de los menores de edad.

De igual manera que en los casos debatidos en los puntos anteriores, los principios de la bioética para la toma de decisiones subrogadas¹³³ son aplicados al momento de repasar los modelos de subrogación de voluntad y representación. A continuación desarrollaremos el enfoque de la autodeterminación del paciente menor de edad y las características de su capacidad para pronunciarse sobre los asuntos que le conciernen. Lo anterior amerita un análisis sobre cada grado de consciencia, apelando derechamente a los conceptos que el derecho común reconoce de los menores con suficiente capacidad natural para actuar por sí mismos y de aquellos que no la poseen de forma autónoma.

Es pertinente señalar el marco legal en que se establecen los criterios respecto a los menores de edad. Recordando que nuestro Código Civil señala

¹³³ Hablamos de los principios de no maleficencia, justicia, beneficencia y autonomía.

en el artículo 1446° en forma expresa que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la propia ley declara como incapaces”, para posteriormente señalar las incapacidades. Dentro de las incapacidades relativas se encuentran el caso de los menores de edad. Los incapaces relativos son aquellos que pueden actuar representados y también pueden actuar de forma individual, siendo en la última hipótesis, autorizados por su tutor o representante. A su vez, lo menores de 18 años -mayoría de edad reconocida en Chile para una manifestación del consentimiento válida- se subclasifican en el artículo 26° del Código Civil, señalando expresamente lo siguiente: “llámese infante o niño todo aquel que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años de edad; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.” Finalmente, en cuanto a las reglas generales de la participación de los menores en la vida jurídica, el artículo 43 del Código Civil expresa lo siguiente: “Son representante de una persona el padre o madre, el adoptante y su tutor o curador”.

Al tenor de la ley civil, para actuar válidamente en la vida jurídica, los incapaces deben estar representados legalmente, y aquellas personas definidas como relativamente incapaces, pueden actuar en la vida del derecho representados o debidamente autorizados por su representante. Sin embargo, en la relación médica la entrada en vigencia de la ley N° 20.584 agregó elementos al modelo de toma de decisiones y consentimiento informado de menores.

En este sentido, adquiere especial importancia lo contemplado en el inciso tercero de su artículo 17 de dicha ley: “En ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. En el caso de que la consulta diga relación con la atención a

menores de edad, el comité deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos”.

Se desprende de lo anterior que la ley regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, buscando cumplir el estándar internacional en el respeto a los derechos humanos de los menores de edad. En esta materia radica la importancia de la discusión en bioética sobre la formación de la capacidad de autodeterminación de los menores de edad, para progresar a una participación activa en la toma de decisiones, lo que denominaremos capacidad natural.

Sánchez señala que el niño posee capacidad natural cuando demuestra tener la suficiente aptitud psíquica para la válida prestación del consentimiento necesario en el ejercicio del derecho y las consecuencias que para el ejercicio de su libertad futura tiene la disposición de ese derecho¹³⁴. Desde esta perspectiva, el consentimiento informado no está vinculado estrictamente a la edad. Por lo tanto, la doctrina en esta área ha desarrollado elementos para declarar la madurez demostrable del menor, importando esto la posibilidad de actuar sin representación antes del cumplimiento de los dieciséis años de edad inclusive. Ahora desde la misma perspectiva en el sistema español sin perjuicio a la madurez del menor, el autor señala lo siguiente: “la persona apropiada a la hora de determinar estas condiciones es el profesional sanitario que atienda al niño en cada supuesto y en caso de dudas, la valoración final corresponde al Juez con el apoyo del criterio objetivo del facultativo y del Ministerio Fiscal”¹³⁵.

La modalidad antes descrita está muy alejada de la realidad chilena y aún más cuando se trata de menores de edad. A modo ejemplar,

¹³⁴ Sánchez Hernández C., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad” en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 956. [citado por: BLASCO IGUAL, MARÍA CLARA. El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria Rev Bio y Der. 2015; 35: p.38 párrafo 3].

¹³⁵ Ibid. p.35-38.

consideramos el conocido caso de la menor de edad Valentina Maureira, quien en el año 2014 realizó una petición mediática a la entonces presidenta Michelle Bachelet¹³⁶ para autorizar la terminación anticipada de su vida, dado que aún contando con el apoyo de sus padres, la normativa le impedía proceder con cualquier tipo de acto eutanásico. Al no existir tratamiento que pudiera rechazar, al tenor del artículo 16, siendo su enfermedad de carácter degenerativo, y al no cumplir la hipótesis de soporte artificial, la menor falleció en agonía el día 14 de mayo de 2015 pese a los esfuerzos del personal médico y sus cuidados paliativos sedativos.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo del consentimiento informado cuando no concurren los criterios de capacidad, tanto en Chile como en el extranjero, importan ciertas pautas para la actuación en representación del menor. Dichas pautas se encuentran regidas bajo los principios generales de la voluntad subrogada, incluyendo adicionalmente principios como el interés superior del niño y el deber de supervisión del menor.

En el derecho comparado se aborda el desarrollo de los derechos de la niñez como eje central, teniendo como objeto una participación progresiva del menor en la toma de decisiones, importando lo anterior que el menor deba ser oído en cualquier etapa de las deliberaciones concernientes a su salud. A modo ejemplar, el modelo español contempla en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que, en aplicación de sus normas “primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir”. La profesional de la salud española María Clara Blasco agrega lo siguiente: “En cuanto al derecho del niño a ser escuchado, el inciso primero del artículo 9 reconoce en los siguientes términos ‘el menor tiene derecho a ser oído’. Y a su vez, el artículo 4 de la misma norma afirma,

¹³⁶ La enfermedad de Valentina, conocida como La Fibrosis Quística (FQ) provoca la acumulación de moco espeso y pegajoso en los pulmones, el tubo digestivo y otras áreas del cuerpo el cual, a su vez, provoca infecciones muchas veces mortales; lo que la llevó a necesitar un triple trasplante de órganos, el cual tenía muy pocas probabilidades de recuperabilidad. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/02/150226_valentina_maureira_eutanasia_chile_bachelet_ch

‘Los menores tienen derecho a buscar recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo’. Bajo estas circunstancias, la información transmitida debe ser clara y accesible en función de la edad y la madurez para que el niño pueda formarse una visión propia sobre su situación y aportar así su punto de vista. De esta forma, a pesar de las diferencias evidentes en la madurez de las personas según la edad, el niño debe ser informado y con base en lo anterior, se presentarán distintos niveles de participación y consulta en el caso concreto¹³⁷. Dicho postulado se entiende aplicable a cada caso particular y las características de desarrollo cognitivo de los menores de edad.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño a través de al menos tres Observaciones Generales¹³⁸ ha señalado a los estados la conveniencia de no imponer ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y ha reforzado la protección del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que le afectan¹³⁹. Lo anterior debe ser trasladado a los modelos de toma de decisiones conducentes al rechazo de tratamientos.

En el contexto chileno, esta decisión no solo se restringe por el ejercicio pleno ejercicio de la patria potestad sobre los menores, sino también con ocasión de los intereses de los prestadores de salud, cuya postura conservadora se suele ver reproducida en sus respectivos comités de ética, quienes por eficacia jurídica le otorgan un valor absoluto al derecho a la vida en un sentido estricto y literal.

¹³⁷ Blasco Igual, María Clara. (2015). El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria Rev Bio y Der. 2015; 35: p.39 párrafo 3 y 4.

¹³⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño., CRC/GC/2003/4, Julio 2003., Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº15 (2013), Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud., CRC/C/GC/12., 20 de julio de 2009., Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.

¹³⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.

3.3.4 Paciente consciente, incapacidad moral y la voluntad de terceros

En el estudio de los principios en la toma de decisiones, pueden apreciarse diversos conflictos entre la autonomía del paciente y discusiones de tipo moral o del consciente, como lo sería el ejercicio de la libertad religiosa. Creándose así una especie de limitante al consentimiento informado y la formación de una eventual incapacidad moral.

Si bien esta hipótesis en cuanto al desarrollo autónomo del consentimiento informado del paciente terminal carece de complejidad en un sentido objetivo, ya que corresponde al caso de pacientes conscientes y capaces de manifestar su voluntad conforme al texto de la Ley N° 20.584¹⁴⁰, cabe destacar determinados conflictos propios de la toma de decisiones en dichos casos.

Ante dichas circunstancias, se ha observado tanto en el derecho comparado como en la praxis médica nacional que, al concurrir una denominada “incapacidad moral”, los actores han dotado de mayor ponderación la autonomía y facultad ejecutiva y sanitaria para la toma de decisiones, siempre que se encuentren al tanto de dicha decisión tanto el facultativo médico y la autoridad sanitaria.

A modo de ejemplo, recurriendo al modelo español, y al tenor de lo señalado por la autora Laura Diez Bueso respecto a los límites al consentimiento médico, observamos el caso de las personas Testigos de Jehová. En dicho contexto, a consecuencia de reclamaciones ejecutadas por personas que profesan dicha religión a la Comisión de Consentimiento Informado de la Consejería de Sanidad, el ejecutivo español instó a la instauración del deber de incluir en los formatos de consentimientos

¹⁴⁰ Y por tanto, carentes de relevancia para el derecho penal.

informados una cláusula mediante la cual el paciente pudiese optar por las alternativas de intervención médica que no fuesen contrarias a su voluntad. Adicionalmente, se instó la capacitación al interior de los centros de atención médica a su personal para abordar conflictos entre el profesional sanitario y el paciente casos de esta categoría.

En el contexto chileno, la voluntad de los terceros en un sentido moral es irrelevante para efectos de la toma de decisiones en la materia. Tampoco son considerados los fundamentos en los que se fundamente el rechazo a un tratamiento médico. El personal sanitario se ve obligado a respetar la decisión del paciente terminal a menos que aquello implique el retiro de medidas de soporte básico.

IV. CONCLUSIONES Y HALLAZGOS

Esta tesis buscó desentrañar las consideraciones jurídico-científicas y bioéticas frente a la eutanasia en Chile, problematizando escenarios hipotéticos dentro de un contexto normativo vigente en materia sanitaria y penal. Al menos por ahora, podemos decir que una parte significativa de la doctrina penal y bioética chilena e internacional, por un lado, busca la optimización de herramientas jurídicas para el desenvolvimiento autónomo de la voluntad y la dignidad en pacientes terminales, y por otro, anteponerse a los problemas políticos-criminales que genera la falta de regularización de la eutanasia en contraste con el resguardo al bien jurídico de la vida, suscitado en las sociedades modernas.

Este trabajo propiamente tal buscó en su primera parte, delimitar los conceptos que surgen a propósito del debate de la eutanasia¹⁴¹. Tener un concepto de dignidad en la muerte, como el detalle científico de la terminología clínica, es fundamental para proceder al estudio de la normativa vigente y de esta manera entender las consecuencias de la actuación u omisión médica, que provoca la muerte de un paciente terminal. Aclarando esta situación, pudimos comprender que actos constituyen un acto de eutanasia como aquellos que no -así como la eventual responsabilidad penal-, mediante la problematización de escenarios hipotéticos bajo las figuras jurídicas del auxilio al suicidio y el rechazo al tratamiento al tenor de la Ley N°20.584.

Uno de los principales hallazgos en cuanto al análisis de la normativa vigente y la potencial instauración de la figura de la eutanasia en el ordenamiento jurídico chileno, fue comprender en primer lugar, la existencia de un vacío normativo para la figura de la eutanasia pasiva como la conocemos; pese a existir una prohibición expresa para el aceleramiento artificial de la muerte en la ley sanitaria.

¹⁴¹ Recordando que la eutanasia es aquella actuación u omisión médica que provoca la muerte del paciente mediante actos directos, a petición expresa y reiterada en el tiempo de quien padece una enfermedad incurable y dolores severos.

Esto se constató al exponer que desde la perspectiva del paciente, el rechazo a un tratamiento médico -siempre que este haya sido debidamente informado de acuerdo a la ley N°20.584- y que posteriormente signifique la muerte del paciente, constituye un hecho digno de ser imputable en sede penal; aun en el caso de que el personal sanitario se encuentre en conocimiento de que existe una intención en morir por parte del paciente terminal. Ya que como comprendimos, al desenvolvimiento de la autonomía del paciente, este tomaría un riesgo informado; viéndose imposibilitado el personal médico para oponerse. Como señalamos en el cuerpo de este estudio, el límite al rechazo informado del tratamiento concurre cuando implica la interrupción de alguna medida de soporte ordinaria; cuestión extremadamente difícil de constatar por parte del ente persecutor, ya que las medidas ordinarias y extraordinarias para el cuidado de pacientes terminales es variable y aleatoria para cada persona, espacio y tiempo. De esta manera puede camuflarse la connotación eutanásica de la omisión de la conducta en el actor y tercero involucrado.

Concluimos también, que la hipótesis previamente planteada, solo puede constituir imputabilidad cuando se logre acreditar una falta directa a la *lex artis* -parámetro de las conductas del personal sanitario-, por cuanto la voluntad del paciente ha sido emitida con manifiesta falta a su autonomía y derecho a ser informado. Siendo a criterio del ente persecutor investigar por homicidio culposo.

El desarrollo de la narrativa sanitaria en cuanto a esta materia cae en un deje de criterio, ya que un enfermo puede rechazar un tratamiento (sabiendo que va a morir) evitando el sufrimiento que le produce su existencia en las condiciones que lo mantiene la enfermedad que ostenta, pero no puede manifestar su voluntad libre de morir, quedando en manos del criterio y valor moral del prestador de salud, como ocurrió en el caso de Valentina Maureira. En ese sentido, el paciente terminal chileno se encuentra habilitado de recurrir a la figura camuflada de la eutanasia, pero a su vez, no es legal la eutanasia

(activa), debiendo pasar sus días de agonía en incertidumbre respecto a la ejecución de su voluntad. Por otra parte, no queda claro e incluso se torna inconsecuente, que en Chile y la mayoría de los países se considera éticamente distinto, que por un lado sea aceptable y una manifestación del derecho a la autonomía y muerte en dignidad, la decisión de rechazar un tratamiento que signifique la muerte y no la que implica ayudar a un enfermo que desea morir por el sufrimiento que padece. Esta circunstancia consagra el paternalismo jurídico y sobreprotección al valor absoluto de la vida que enfrenta el legislador al momento de normativizar la conducta médico-paciente, debido a la necesidad social de generar herramientas que concuerden con el estándar internacional de dignidad y autonomía del paciente desde la perspectiva de los derechos humanos.

Por eso no son lícitas las voluntades anticipadas, las que por ejemplo en el contexto de personas mermadas de su capacidad de manifestar su consentimiento, verían una oportunidad de respetar su autonomía.

Pese a lo anterior, en el desarrollo del presente estudio ha podido rescatar los avances que el estudio de la bioética ha impulsado en los ordenamientos jurídicos respecto a la dignidad del paciente, por ejemplo, para el caso de decisiones subrogadas, cada vez más se busca impulsar una legislación que tienda a ir por un modelo de toma de decisiones inclusivo fundado en el principio de autonomía y dignidad. Esto ha implicado que en las escuelas de medicinas, se atrean a incursionar en estas problemáticas, priorizando la formación y el conocimiento científicos del personal sanitario – y con ello el conocimiento afianzado en la *lex artis*-. En ese sentido, que los médicos consulten la voluntad de los pacientes incapaces jurídicamente hablando, como una propuesta de reemplazo al modelo de sustitución por el de apoyo en la toma de decisiones, supone hacerse cargo del tránsito histórico del abordaje de la discapacidad, entendiendo la discapacidad sin deshumanizar, lo que es fundamental para el respeto de los derechos humanos.

Finalmente, una reforma a la normativa sanitaria y penal, direccionada al desenvolvimiento efectivo y objetivo de la autonomía y la dignidad del paciente terminal y su momento de la muerte, constituiría una liberación al sistema paternalista y prohibitivo que existe en Chile; el cual comprobamos, ni siquiera al tenor de la voluntad del legislador -inspirada en el estándar internacional- en la regulación de la ley N°20.584 resuelve la problemática de la dignidad al morir.

A modo de ejemplo, el caso de Holanda, país que aprobó en el año 2001 la Ley de comprobación de la finalización de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, que entró en vigor el 1 de abril de 2002. Esta ley considera eutanasia toda intervención directa y eficaz del médico para causar la muerte del paciente que sufre una enfermedad irreversible o que se encuentra en fase terminal y con padecimiento insoportable, a petición expresa de este¹⁴². Su instauración no provocó un problema de sanidad pública.

Un acercamiento a la muerte digna, solo puede consagrarse cuando existe un respeto absoluto a la autonomía y su garantía mediante herramientas científicas y jurídicas que aseguren un evitamiento al sufrimiento innecesario cuando se enfrente a una enfermedad terminal.

¹⁴² Al respecto, véase C. DE MIGUEL SÁNCHEZ, A. LÓPEZ ROMERO. (2006) pp.207-215.

V. BIBLIOGRAFÍA

A) DOCTRINA

1. **A. Valverde, Miguel y A. Inchauspe, José.** (2014). ¿Hay lugar para el consentimiento informado en los tratamientos de las personas con psicosis? Una reflexión sobre el tratamiento de la psicosis, *Revista de Bioética y Derecho*. N° 30, 40-65.
2. **Álvarez del Río A.** (2013). El derecho a decidir: eutanasia y suicidio asistido. *Cirujano General* Vol. 35 Supl.2. p 115-118. Disponible en :<https://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2013/cgs132f.pdf>)
3. **Altisent Trota R., Porta i Sales J. (presidente), Rodeles del Pozo R., Gisbert Aguilar A., Loncan Vidal P., Muñoz Sánchez D., Novellas Aguirre de Cárcer A.,**(2002). Medicina Paliativa Declaración sobre la Eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos Vol. 9 No. 1, p.37-40.
4. **Amenabar Beitia, José Martín.** (2019). La eutanasia como antídoto del suicidio. *Revista de Bioética y Derecho*. N° 46, 133-147.
5. **Baum, Erica.** (2017). Eutanasia, empatía compasión y Derechos Humanos. *Revista de Bioética y Derecho*. N° 39, 5-21.
6. **Blasco Igual, María Clara.** (2015). El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista de Bioética y Derecho*. N° 35, 32-42.
7. **Buchanan, A., y Brock, D.** (1989). *Deciding for Other. The Ethics of Surrogate Decision Making.* New York. Cambridge University Press.

8. **Bugües Mengual, Francisco y otros.** *PACIENTE TERMINAL. Guía de actuación clínica A.P.* Acceso web: <http://publicaciones.san.gva.es/docs/dac/guiasap027terminal.pdf>.
9. **C. De Miguel Sánchez, A. López Romero.** (2006) Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia (I). Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD). *Comité de Ética para la Asistencia Sanitaria. Área 7. Atención Primaria. Gerencia Atención Primaria Área 2. Madrid. MEDICINA PALIATIVA Vol. 13: N.º 4; ARÁN EDICIONES, S.L.* pp.207-215.
10. **Cárdenas Villarreal, Hugo y Moreno Molinet, Jaime.** (2011). *RESPONSABILIDAD MÉDICA. ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA FALTA DE SERVICIO.* Primera edición.
11. **Celedón L, Carlos.** (2012). Sufrimiento y muerte en un paciente terminal. *Rev. Otorrinolaringol. Cir. Cabeza Cuello.* N° 70- 261-266.
12. **CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICO,** (2015) Definición De Cuidados Paliativos, Obstinación Terapéutica, Eutanasia Y Suicidio Asistido. *Madrid.* https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/np_declaracion_a_tencion_final_vida_19_09_15.pdf)
13. **De la Maza, Iñigo.** Consentimiento informado y relación de causalidad. *CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO. Colección de Derecho Privado VI* (1st ed.). Santiago de Chile: Marcelo Rojas Vásquez. 127-144.

14. **Díez Bueso, Laura.** (2012). La garantía institucional de la autonomía del paciente. *Revista de Bioética y Derecho. N° 25*, 33-44.
15. **Durkheim, Emilio,** El suicidio. Estudio de sociología, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1928, [París, 1897], p. 5.
16. **Dworkin, R.** (1994), *El Dominio de la Vida, Una discusión acerca del aborto, La eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona.
17. **Esparza R, E.** (2019) Disposición del derecho a la vida de los menores de edad: una necesaria discusión sobre eutanasia y suicidio asistido en Chile. *Acta Bioethica. 24 (1)*, p.25-34.
18. **Etcheberry, Alfredo** (1998). Derecho Penal, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 1998 p. 32.
19. **Fabregat Peredo, M.** (2017). JUSTICIA Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR SUICIDIO E INTENTO DE SUICIDIO. CHILE: 1820-1920. Santiago de Chile, año 2017. p.37
20. **Figueroa García Huidobro, Rodolfo.** Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos. *CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO. Colección de Derecho Privado VI* (1st ed.). Santiago de Chile: Marcelo Rojas Vásquez. p.167-186.
21. **García Arango, G.** (2007). Derecho a la vida digna. El concepto jurídico del dolor desde el Derecho Constitucional. *Opinión Jurídica*.
22. **Garrido M, M.** (2010) Derecho Penal, parte especial. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p.128.
23. **Hernández Basualto, Héctor.** Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y

- problemática. *CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO. Colección de Derecho Privado VI* (1st ed.). Santiago de Chile: Marcelo Rojas Vásquez. p.167-186.
24. **Hubner G., Jorge Iván**, (1973), *Panorama de los Derechos Humanos*, Santiago, Editorial Andrés Bello, p. 84.
25. **Kant, Immanuel**, (1999). traducido por Jhon Ladd. Indianapolis, Hackett Publishing Compant Inc, p. 31.
26. **Larroucau Torres, J.** (2014). ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?. *Revista De Derecho (Valdivia=*, (VOLUMEN XXVII N°2), p.43-79.
27. **Leiva López, A.** (2013). La regulación de la eutanasia, según la ley N° 20.584 sobre derechos del paciente. *Revista De Derecho De La Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (XLI), p.505-558.
28. **León C, F.** (2012). Ley de derechos y deberes de las personas en la atención de salud. Una mirada bioética. *Revista Médica de Chile* (140), p.1490-1494.
29. **Maurach, Reinhard** (1962): “*Derecho Penal. Parte general.*”, *Barcelona, 1962. p.162.*
30. **MAYER, Laura.** (2011) Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica. *.Revista de Derecho PUCV* (37),2011; 371-413. p. 388.
31. **Montoro Ballesteros, Manuel** (1977). Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, N° 19, 1976-1977, págs. 119-182.

32. **Ossandón, María**, (2013). El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer? *Revista Derecho Público Iberoamericano* (2): 153-204. p.183.
33. **Pannuti F y Tannenberg Stephan** (1993). Foro mundial de la Salud, Foro lectores, Bolonia 1993. vol. 14, p.172.
34. **Pastor, L.** (2019). *Nota del editor, Eutanasia y Bioética. Cuadernos de Bioética* (98) 30, p.11-17.
35. **Piperberg, Michelle**. (2017). Vigilia inconsciente. Análisis de un caso de estado vegetativo y diferentes modelos de toma de decisión. *Revista de Bioética y Derecho. N° 40*, p.179-193.
36. **Politoff Lifschitz, Sergio, Matus, y otros**. (2009). Lecciones de *Derecho Penal chileno. Parte Especial* (Escrito por Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña. María Cecilia Ramírez) p.22.
37. **Ramos Pozón, Sergio**. (2015). Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia. *Revista de Bioética y Derecho. N° 33*, p.68-81.
38. **Roxin, Claus** (2001). Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. En su: *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal* (Granada, COMARES, 2001). p.3-38 (p-8).
39. **Sádaba, Javier**. (2006). Eutanasia y ética. *Revista de Bioética y Derecho, N° 8*, p.1-7.
40. **Silva J, Eduardo Ignacio**.(2018) Manifestaciones de voluntad anticipada como mecanismo de apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad intelectual, cognitiva, y psicosocial en el ámbito de la salud. *Tesis para optar al grado*

de magíster en derecho. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

41. **Sprung, C.** (2018). Physician-Assisted Suicide and Euthanasia: Emerging Issues From a Global Perspective. *Journal Of Palliative Care*, (Vol. XX(X)), p.1-7.
42. **TAPIA Mauricio.** (2003). Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio De Nacer Y Otros Problemas Actuales. *Revista de derecho Valdivia.* (15) 2003: 75-111 p. 83.
43. **Valls, Ramón.** (2015). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho. N° Extra, repertorio especial*, p.278-285.
44. **Vásquez, Rodolfo** (2017). La vía negativa de acceso a la dignidad y la expresión "muerte digna". *Rev. Bioética y Derecho* N°.40 Barcelona 2017 p. 26.
45. **Vázquez, Rodolfo.** (2017). La vía negativa de acceso a la dignidad y la expresión "muerte digna". *Revista de Bioética y Derecho. N° 40*, p.23-31.
46. **Vincent, J., & Randall Curtis, J.** (2010). Ethics and end-of-life care for adults in the intensive care unit. *The Lancet*, (Vol. 376), p.1347-1351. Disponible en: <http://www.thelancet.com>
47. **WAHL Jorge.** (2014). Ficha clínica, uso de protocolos de seguridad y calidad, y consentimiento informado. Problemas de responsabilidad civil en Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. *Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes.*

B) NORMATIVA

1. Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial., CRC/C/GC/14., 29 de mayo de 2013.
2. Decreto 725. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 31 de enero de 1968.
3. Decreto N°38. Aprueba reglamento sobre derechos y deberes de las personas en relación a las actividades vinculadas con su atención de salud. Ministerio De Salud; Subsecretaría De Redes Asistenciales, 17 de julio de 2012.
4. Ley N° 19.451. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de abril de 1996.
5. Ley N° 20.584. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 24 de abril de 2012.
6. Proyecto de ley que Modifica la ley N° 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, con el objeto de permitir la muerte digna o eutanasia. *Boletín 11577-11. Refundido con: 9644-11,11745-11,7736-11.*